SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL,

POR

M. F. C. DE SAVIGNY

TRADUCIDO DEL ALEMAN POR

M. CH. GUENOUX

DOCTOR EN DERECHO,

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY,

Profesores de Derecho Romano en la Institucion Libre de Enseñanza,

y precedido de un prólogo de

D. MANUEL DURÁN Y BAS,

CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

TOMO VI.

MADRID.

F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES,

Puerta del Sol, núm. 13.

1879.

Imprenta de los Editores, Ancha de San Bernardo, núm. 85.

CONTINUACION DEL CAPÍTULO IV.

§ CCCXV.—*Restitucion.*—Introduccion.

Fuentes:
Paulo, lib. I, t. 7, 8, 9.
Cod. Greg. Lib. II, t. 1-4.
Cod. Theod. Lib. II, t. 15-17.
Dig. Lib. IV, t. 1-7.
Cod. Just. Lib. II, t. 20-55.
Autores:
Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Götingen. 1831; 8 v. Schröter, Wesen und Umfang der in int. restitutio (Zeitschrift v. Linde V, VI; n. III, p. 91-175).
Puchta, Pandekten, 4.ª ed., § 100-107.
Vorlesungen, § 100-107.
Cursus der Institutionem, 2.ª ed., vol. II, § 177-209.

Es bastante difícil definir esta institucion y determínar el punto de vista en que debamos colocarnos para estudiarla. En las fuentes del derecho romano se designa ordinariamente bajo el nombre de *in integrum restitutio* (*a*), cuya

(*a*) Esta construccion es sin duda la más ordinaria, pero se ha pretendido equivocadamente que no habia ejemplo de otra. Así la L. 86, de adq. her. (XXIX, 2), expresa ciertamente una vez *restitutio in integrum* y dos veces, segun el texto adoptado por Haloander. V. Burchardi, p. 3, Göschen Vorlesungen, 1, p. 529. Se lee tambien en la L. 39, § 6, de proc. (III, 3): «*propter hanc restitutionem in integrum.*»

traduccion, restablecimiento del anterior estado, parece demasiado ámplia para ser empleada constantemente. Esta frase designa el restablecimiento en su integridad primera de una cosa deteriorada y es aplicable á hechos puramente materiales, tales como la reconstruccion de una casa incendiada ó destruida, hechos que no vienen al caso, tratándose de la cuestion sobre una institucion jurídica. Debemos, pues, entender por restablecimiento, un restablecimiento que se verifique en el dominio del derecho (*b*). Pero esta restriccion no es todavía suficiente.

En efecto, sin salir del dominio del derecho, la posibilidad y la necesidad de una reparacion se hacen sentir en los numerosos casos en que el órden se turba por la violacion jurídica. El carácter comun á todos estos casos es la separacion del hecho y del derecho y el remedio consiste en restablecer la conformidad entre ambos. Puede esto efectuarse por el acto voluntario de un tercero ó por una coaccion ejercida legalmente. A esta última categoría se refieren varias partes importantes del derecho, y en el círculo del derecho privado, el derecho entero de las acciones (§ 204). *Restituere* es el término técnico empleado para designar la reparacion hecha al titular del derecho por un tercero, sin distinguir si el acto de este tercero emana de su libre voluntad ó le ha sido ordenado é impuesto por el juez. Así, este *restituere* designa siempre el acto de una persona privada (*c*). Pero la reparacion de que acabo de hablar nada tiene de comun con la institucion que nos ocu-

---

(*b*) Debo observar que la frase *in integrum restitutio* se emplea de dos maneras diferentes áun en su acepcion técnica. Así se habla ordinariamente de la restitucion de la persona en un menor de edad (por ejemplo: *minor* restituitur), pero en otros lugares se habla tambien de la restitucion del derecho (á la persona), por ejemplo: L. 1, § 1, ex. qu. c. huj. (IV, 6):«..... *actionem*..... in integrum restituam,» (§ 325, nota (*m*).

(*c*) Esta restitucion puede verificarse de dos maneras: 1.°, natural y directamente; 2.°, artificial y mediatamente: ejemplo del primer caso cuando el propietario es reintegrado en la posesion de la cosa; del segundo, cuando reciba una indemnizacion en dinero por una cosa que ha sido consumida. Esta observacion es igualmente aplicable á los diferentes casos de que voy á hablar donde existe restablecimiento de un estado anterior. Sobre la definicion y la extension del *restituere* V. L. 22, 35, 75; L. 246, § 1, de V. S. (L. 16). V. tambien, t. IV, p. 88.

pa, y aunque el nombre de *restituere* le sea aplicable no expresa por sí mismo la restitucion á que nos referimos.

Para comprender el verdadero carácter de nuestra institucion es preciso remitirnos al desenvolvimiento íntimo y al complemento de todo derecho positivo. Una de las fuentes más fecundas de este desenvolvimiento es la necesidad de hacer cesar la lucha constante que se establece entre la equidad y el derecho riguroso, el *jus* (*jus strictum*) y la *æquitas* (*d*); esta necesidad ha hecho nacer ciertamente nuevas é independientes instituciones (*e*), pero con frecuencia sólo exige el restablecimiento de un estado jurídico cuyo cambio causa un perjuicio. Bajo este sentido se supone que se efectua realmente un cambio en el estado del derecho en perjuicio del titular y que este cambio, conforme al derecho riguroso, es contrario á la equidad, la cual exige el restablecimiento del anterior estado. Ahora bien, este restablecimiento tiene lugar por vias jurídicas de diferentes especies, acciones ó excepciones, pertenecientes unas al derecho civil, otras al derecho pretoriano.

Entre las acciones civiles que tienden á este fin citaré las *condictiones* de restitucion sin contrato, tales como la *indebiti sine causa, ob causam datorum,* (*f*); además, la *redhibitoria actio* y la demanda en rescision de una venta por lesion de más de la mitad. Entre las acciones pretorianas citaré la *actio doli* y la *quod metus causa.* Todas estas acciones pueden, segun las circunstancias, ejercitarse bajo la forma de excepciones, principalmente la *doli* y la *metus exceptio.* En todos estos casos el restablecimiento que reclama la equidad se obtiene por obligaciones especiales, es decir, por acciones personales y excepciones.

(*d*) V. t. I, § 15, 22. Debe entenderse aquí por *æquitas* la justicia considerada bajo un punto de vista más elevado y más libre. La naturaleza de este contraste y las bases generales de la restitucion se exponen con gran precision y habilidad en Puchta, Institucionen, § 177, y Vorlesungen, § 100.

(*e*) V. t. IV, § 219, y apéndice XIII, núm. XIII, XX; apéndice XIV, núm, XLVII. A esta clase pertenecen las *bonæ fidei actiones* cuyo objeto consiste en dar medios jurídicos de coaccion contra los que rehusan someterse á las costumbres seguidas voluntariamente por los hombres de bien.

(*f*) Véase t. IV. apéndice XIII, números VII, VIII.

Una vez reconocida esta equidad, había dado nacimiento á reglas de derecho precisas que de igual manera que las acciones fundadas en los contratos y en los delitos, eran aplicadas por los jueces ordinarios, si de hecho existian las condiciones necesarias. Para esto no había necesidad de ninguna institucion especial y hasta este punto no aparece todavía la base de la que nos ocupa.

§ CCCXVI.—*Restitucion.—Definicion.*

Entre los casos en que la equidad exige el restablecimiento de un estado anterior (§ 315), se encuentran varios que el pretor no creyó conveniente abandonar á la apreciacion del juez bajo la forma de aciones ó excepciones ordinarias, sino que se reservó decidir por sí mismo segun las circunstancias especiales de cada caso. Hay, entónces, reconocimiento de una nueva regla de derecho, no como en los casos anteriores de una regla perfecta colocada al mismo nivel que las demás, sino de una regla en estado de bosquejo que, para llegar á su perfecion y á su aplicacion en la vida real, exige la intervencion de todo el poder del pretor. Estos son los casos que constituyen la *in integrum restitutio* pretoriana. Se la puede, pues, definir de este modo: el restablecimiento de un estado anterior de derecho motivado por una oposicion entre la equidad y el derecho riguroso y operado por el poder del pretor, que modifica con conocimiento de causa el derecho realmente adquirido. Con arreglo á la fraseología del derecho romano es preciso añadir que este restablecimiento de un estado anterior operado por la autoridad judicial no es un restablecimiento verdadero (*ipso jure*), sino la ficcion de un restablecimiento *ipso jure*. Así, el que por vía de restitucion recobra una sucesion á que había renunciado, no es *heres*, sino que ejercita todos los derechos que pertenecerían á un heredero (*utiles actiones*). Volvemos, pues, á encontrar aquí la marcha y la denominacion adoptada para la sucesion pretoriana, la *bonorum possessio*.

Para asignar á la institucion que nos ocupa su verdadero lugar, es necesario indagar las relaciones y afinidades que puede tener con otras instituciones.

Su afinidad con la sentencia es la más estrecha de todas,

y esta afinidad motiva el lugar que le doy en el presente tratado. Un derecho nuevo é independiente, creado por la autoridad judicial, hé aquí lo que estas dos instituciones tienen de comun. Pero existe tambien diferencia entre ambas. El derecho nuevo, resultante de la sentencia, no descansa en una ficcion, sino más bien en una suposicion de verdad; así es que no se admite que exista diferencia entre el estado actual y el estado anterior del derecho; cuando por acaso existe esta diferencia debe considerarse como un mal inevitable (§ 280). Por el contrario, en virtud de la restitucion se cambia á sabiendas y voluntariamente el estado del derecho. En este sentido se puede llamar á la restitucion la sentencia de un poder más elevado (*a*).

La restitucion tiene tambien afinidad con ciertos actos de la autoridad judicial por los cuales se modifica á sabiendas y voluntariamente el estado del derecho. Tal es la *rescissio inoficiosi testamenti* pronunciada por los centumviros (más tarde por otros jueces); tal es tambien la *adjudicatio*, por la cual el juez que preside la particion puede hacer cesar una indivision cualquiera, ora atribuyendo, ora quitando propiedad, ora creando servidumbres, es decir, limitando con conocimiento de causa una propiedad existente. Estas dos instituciones se refieren á las necesidades especiales de determinadas relaciones de derecho y se distinguen de la restitucion en que no tienen por objeto el restablecimiento de un estado anterior de cosas que es lo que contituye la esencia de la restitucion. El indulto de una condena, concedido por la suprema autoridad, tiene más afinidad todavía con la restitucion. Aquí, de igual manera que en los casos de restitucion, el estado actual del derecho es voluntariamente modificado por el restablecimiento de un estado anterior y esta modificacion no es tampoco prescrita por una regla de derecho ó efectuada por la jurisdiccion ordinaria, sino que vemos en ella el sacrificio del derecho riguroso á la equidad y á la intervencion de un superior poder. Hasta este punto, pues, el indulto y la restitucion se hallan absolutamente en la misma línea. Pero difieren

---

(*a*) V. t. V, p. 171. Estas dos instituciones nos presentan la aplicacion de una ficcion, pero en un sentido diferente (§ 280, 316).

esencialmente por la naturaleza de su objeto. Así, la restitucion restablece relaciones de derecho privado y por tanto, coresponde á este derecho, mientras que la gracia pertenece al derecho público y se encuentra en absoluto fuera de nuestro propósito.

Por último, existe una tercera afinidad entre la restitucion y los casos ántes expuestos (§ 315) en que un estado anterior de derecho se restablece por vía de accion ó de excepcion. Estos casos tienen de comun con la restitucion el fin y el motivo; pues tienden á restablecer un estado anterior de derecho privado por razones de equidad puestas por encima del derecho riguroso. Además de la paridad de fin y de motivos existe entre estas instituciones semejanza de desenvolvimiento histórico, como lo prueba claramente el orden adoptado en el Edicto y en el Digesto (*b*). Mas de otro lado las vias de derecho empleadas para llegar al fin son esencialmente diversas. En los casos más arriba expuestos se recurre á acciones y á excepciones sometidas como las demás á la jurisdiccion ordinaria y juzgadas segun reglas especiales, es decir, conforme al derecho establecido por estas reglas. En la restitucion no hay regla preexistente que aplicar, sino que el pretor crea una regla nueva para la necesidad de cada caso, y en virtud de sus poderes cambia de este modo el estado del derecho para restablecer un estado anterior.

Los autores que han tratado de este punto hasta ahora han introducido en él una confusion grande, asimilando la restitucion á las acciones de que acabo de hablar en lugar de distinguirlas cuidadosamente. Para exclarecer por completo la diferencia que existe entre las dos maneras de tratar nuestro asunto, bastará recordar brevemente la relacion que existe entre la restitucion y otras instituciones. El carácter esencial de la restitucion puede ser considerado bajo dos aspectos. Su fin es el restablecimiento de un estado anterior de derecho, por virtud del cambio del estado actual. Sus formas, ó sea el medio empleado para conseguir este fin, es la modificacion por la autoridad judicial de las rela-

---

(*b*) El segundo y el tercer título del cuarto libro del Digesto no hablan de la restitucion más que de pasada.

ciones de derecho existentes. Trátase ahora de saber cuál de estos dos puntos de vista debe adoptarse para estudiar la teoría de la restitucion. Si se elige el primero, la restitucion figura en la série de los casos en que por motivos de equidad se restablece un estado anterior y se equipara con la *actio doli, quod metus causa* y consiguientemente tambien con las principales *condictiones* (§ 315). Si se elige el segundo, todas estas acciones entran en la parte especial del tratado (*c*) y la restitucion, como he dicho al principio, se coloca al lado de la sentencia. Este segundo punto de vista, perfectamente conforme con las doctrinas de los jurisconsultos romanos, es el único que puede darnos la inteligencia de las fuentes (*d*).

Esta confusion entre instituciones esencialmente diversas tiene, en parte por causa y en parte por excusa, varios textos cuya fraseología no es tampoco irreprochable, donde los jurisconsultos romanos designan bajo el nombre de *in integrum restitutio* casos que en realidad no pertenecen á esta especial institucion. Aun reconociendo dicha impropiedad de lenguaje, cuya prueba suministraré pronto, debo decir que se ha exajerado considerablemente y se ha pretendido encontrarla en textos donde no existe.

Desde luego, están al abrigo de toda crítica los numerosos textos en que la palabra *restituere* designa el acto proveniente de una persona privada que hace cesar una injusticia y restablece al titular en el ejercicio de su derecho (§ 315), ya resulte este acto de una voluntad enteramente libre, ya de un requerimiento hecho por el juez (*e*), ya de una condena pronunciada (*f*).

Dicha expresion es perfectamente exacta y técnica y no podría ser remplazada por otra, ni se presta á ninguna

---

(*c*) Véase Göschen, Vorlesungen, I. p. 531.

(*d*) Burchardi, § 1, dá una definicion enteramente arbitraria de la restitucion bajo la cual, además de la restitucion verdadera comprende las condiciones, la *actio doli* y *quod metus causa* y varias otras además. Trata, en efecto, de estas dos acciones en su teoría de la restitucion. Este autor ha sido victoriosamente refutado por Shröter, página 157, 169.

(*e*) Esto se aplica á las acciones arbitrarias por consecuencia de la restriccion *nisi restituas* inserta en la fórmula. V. t. IV, § 221.

(*f*) § 2, J. de off. jud. IV, 17): «sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus.»

confusion con la *in integrum restitucio* pretoriana, pues esta confusion no cabe entre una decision del pretor y el acto de una persona privada, por más que la palabra *restituere* sirva para designar dos cosas tan diversas.

Tampoco hay ninguna inexactitud en los textos en que la gracia concedida á un condenado por el poder supremo (el Emperador ó el Senado) se manifiesta como un *in integrum restitutio* (*g*); pues ya hemos visto más arriba que la gracia constituye una verdadera *restitutio in integrum* que tiene absolutamente la misma naturaleza que la restitucion pretoriana, con la única diferencia de no pertenecer al derecho privado, sino al derecho público y no ser otorgada sino por la autoridad suprema. Cuando el emperador concede un indulto obra en virtud de su *imperium*, precisamente como el pretor cuando concede una restitucion en el círculo del derecho privado. Además, los textos citados á este respecto (nota *f*), están tomados del edicto ó de las decisiones solemnes del emperador, lo cual no permite suponer ninguna negligencia ó impropiedad de redaccion.

Hé aquí ahora algunos textos realmente contaminados de inexactitud, donde la denominacion de *in integrum restitutio* se aplica á casos que no pertenecen á la restitucion verdadera.

1) Cuando el poseedor de una cosa, teniendo el ejercicio de una accion que me pertenece, vende dicha cosa á un tercero con la intencion dañada de causarme un perjuicio por la sustitucion de otro demandado, tengo contra el vendedor una accion en reparacion del perjuicio que me causa la venta *(h)*; y esta accion, que evidentemente no es una restitu-

---

(*g*) L. 1, § 9, 10, de postul. (III, 1): «Deinde adjicit Pretor; Qui ex his omnibus..... in integrum restitutus non erit..... et putat de ea restitutione sensum, quam Princeps vel Senatus indulsit.» (La afinidad última entre estas materias se manifiesta principalmente por la comparacion con la restitucion pretoriana que sigue inmediatamente al pasaje que acabo de trancribir). L. 1, C. de sent. passis (IX, 51): «...tunc Antoninus Aug. dixit: Restituo te in integrum provinciæ tuæ, et adjecit: Ut autem scias, quid sit in integrum restituere, honoribus, et ordini tuo, et omnibus ceteres te restituo.» L. 1, § 2, ad L. J. de amb. (XLVIII, 14): «Qua lege damnatus si alium convicerit, in integrum restituitur: non tamen pecuniam recipit.»

(*h*) L. 1, pr.; L. 4, § 5, de al. jud. mut. (IV, 7). Los textos del Digesto relativos á esta regla de derecho están tomados tanto de los comentarios sobre el edicto provincial. (L, 1, eod.), como de los comentarios so-

cion, aparece en Gayo como tal *(i)*, lo cual me parece una expresion impropia. Sin duda en semejante caso podía haber una restitucion verdadera si por vía de restitucion concedía el pretor la *in rem actio* primitiva contra el vendedor. Es probable que el Edicto ofreciera esta restitucion, de manera que la parte lesionada pudiera elegir entre la restitucion y la accion personal para la indemnizacion del daño *(k)*; de este modo se explicarían igualmente la mencion de esta accion en el libro cuarto del Digesto y la frase impropia de Gayo que, por lo demás, puede ser una interpolacion. Esta restitucion no vuelve á encontrarse en el Digesto; pues una regla posterior la había hecho inútil; en efecto, el que abandona malignamente la posesion es considerado como poseedor y se ejercita contra él la accion *in rem* sin necesidad de restitucion alguna *(l)*. La parte perjudicada puede, pues, elegir entre la accion *in rem* ó la accion personal de indemnizacion. Pero si el demandado se somete voluntariamente como poseedor á la *actio in rem*, la accion de indemnizacion no es admisible, puesto que no hay perjuicio causado por la enajenacion *(m)*.

2) Ulpiano cita un rescripto de Caracalla dictado con motivo de una *cautio pollicitationis* que los Campanios ha-

---

bre el edicto del pretor. (L. 8, eod). Sin duda concordaban en el fondo ámbos edictos.

(i) L. 3, § 4, eod. «Ex quibus apparet, quod Proconsul *in integrum restituturum* se pollicetur: ut hac actione officio tantum judicis consequatur actor, quanti ejus intersit alium adversarium non habuisse.» Evidentemente la indemnizacion en dinero aparece aquí como fruto de la restitucion, aunque esta indemnizacion sólo te ga con la restitucion de comun el garantizar contra un perjuicio á los bienes del titular. Por lo demás ignoramos hasta qué punto haya sido interpolado este texto.

(k) Así resulta de un rescripto de Diocleciano en la L. 1, C. eod. (II, 55), donde se dice que la parte perjudicada puede intentar la accion *in rem* ordinaria contra el nuevo adquirente ó reclamar contra el vendedor. Este último punto se expresa en los siguientes términos: «cum... in integrum restitutio *edicto perpetuo permittatur*.» Ignoramos solamente si el autor de este rescripto entendía por restitucion la accion para reclamar daños é intereses (como Gayo) ó el nuevo principio referente á la *in rem actio* contra el *qui dolo dessiit possidere* (nota *l*).

(l) L. 27, § 3; L. 36, pr., de R. V. (VI, 1); L. 131; L. 157, § 1, de R. J. (L. 17). Voorda Interpr. II, 10, trata con detenimiento de la relacion histórica existente entre la *alienatio judicii mutandi causa* y la *ficta possessio* del *qui dolo dessit possidere*; solo que se muestra poco sutil y exagera las dificultades del asunto.

(m) L. 3, § 5, de al. jud. mut. (IV, 7).

bían arrancado con amenazas á un individuo; el rescripto expresa: «posse eum a Prætore in integrum restitutione postulare.» El pretor y Ulpiano mismo entienden esta decision en el sentido de que la víctima de la violencia puede reclamar toda clase de proteccion y por consiguiente, tanto una accion como una excepcion (*n*). Aquí la denominacion de *restitutio* se aplica á vías ordinarias de derecho que no tienen de comun con la restitucion verdadera más que el fin y el resultado; un poco más adelante (§ 4) añade el mismo texto, que la víctima de la violencia puede tambien obtener una restitucion propiamente dicha: todos estos derechos de igual manera que la eleccion concedida á la víctima de la violencia resultan de los siguientes términos del rescripto: *posse in integrum restitutionem postulare.*

3) Se aplica la misma observacion á una decision de Juliano segun la cual la *redhibitoria actio* debe tener para ámbas partes las mismas consecuencias próximamente que la *in integrum restitutio* (*o*).

4) El que ha usado de fraude para hacerse devolver una cosa puede ser obligado, en virtud de la *actio venditi*, á pagar una indemnizacion (*p*). Un decreto parece decir que esto constituye una *in integrum restitutio* (*q*). Todo lo que hay de verdad en este punto es que la *actio venditi* protege al vendedor tan seguramente como una restitucion.

Algunos autores modernos han propuesto designar las acciones arriba mencionadas (§ 315), que no son verdaderas restituciones, bajo el nombre de *acciones de restitucion*, con el fin de significar que estas acciones tienen por objeto, de igual manera que la restitucion verdadera, el restablecimiento de un estado anterior (*r*). Rechazo esta denominacion por dos motivos. En primer lugar, puede ser causa de la confusion que ya he señalado entre instituciones esen-

---

(*n*) L. 9, § 3, quod metus (IV, 2). V. § 330, nota *d*, *e*.

(*o*) L. 23, § 7, de æd. ed. (XXI, 1): «Julianus ait, judicium redhibitoriæ actionis utrumque, i. e, venditorem et emtorem, quodam modo *in integrum restituere* debere.»

(*p*) L. 13, § 5, de act. emti (XIX, 1); L. 14, § 1, de in diem addict. (XVIII, 2).

(*q*) L. 10, C. de resc. vend. (IV, 44): «...contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.»

(*r*) Burchardi, p. 8.

cialmente diversas; además, impone á expresiones técnicas un sentido enteramente diverso del que tienen en las fuentes (*s*).

§ CCCXVII.—*Restitucion.—Su naturaleza especial y su desenvolvimiento íntimo.*

La restitucion tiene una naturaleza jurídica enteramente especial cuya determinacion exacta y rigurosa debe servir de base á las diversas reglas que se refieren á esta institucion. No debemos considerar, sin embargo, este carácter especial en un estado inmutable, sino en constante progresion. Darse cuenta exacta del desenvolvimiento íntimo de esta institucion es, por tanto, el único medio de estudiarla bajo el punto de vista actual.

La definicion de la restitucion más arriba expuesta, (§ 316) abraza dos puntos de vista que son más de notar que todos los demás. El primero es una latitud de poderes concedida á la autoridad judicial, latitud que no existe en ningun otro negocio. Es verdad que con frecuencia se trata en las acciones ordinarias de una libre apreciacion (*arbitrium*) en la cual se comprende la utilidad y aun la necesidad. Pero esta libre apreciacion está sometida á reglas precisas de derecho y difiere esencialmente de dicha libertad sin límite cuya aplicacion nos ofrece la restitucion. Así, en el procedimiento entablado sobre una cuestion de restitucion no encontramos las denominaciones y las formas ordinarias de *actio*, *exceptio*, etc. Esta latitud extraordinaria de poderes concedida á la autoridad judicial proviene de que si bien la restitucion descansa en reglas de derecho, estas reglas no han alcanzado todavía su madurez y su perfeccion (§ 316).

(*s*) Se llama *restitutoria actio* (*judicium*) una accion efectivamente perdida, pero restablecida despues por virtud de una regla de derecho ya tenga lugar una restitucion verdadera. (L. 3, § 1, de eo per. quem.. II, 10) ó no. (L. 8, § 9, 12, ad Sc. Vell. XVI, 1). Se llama *restitutorium* y *interdictum* á un interdicto que tiene por objeto la restitucion de una cosa, por oposicion al interdicto *prohibitorium* y *exhibitorium*. § 1. de interd. (IV, 15).

El segundo punto capital que en la definicion aparece se refiere á la cualidad del Magistrado encargado exclusivamente de operar la restitucion. Así, este derecho no pertenece á los Jueces privados que dictan las sentencias ordinarias ni á los Magistrados municipales, por más que se hallen realmente investidos de una jurisdiccion subalterna. En Roma y en toda la Italia este derecho pertenece exclusivamente al pretor, es decir, al Magistrado investido de la suprema autoridad judicial. En cada provincia corresponde esta funcion, del mismo modo que las demás pertenecientes á la autoridad pretoriana, al lugarteniente romano, jefe supremo de la jurisdiccion, como el pretor lo es en Roma.

Estos dos puntos capitales de la restitucion no se encontraban reunidos por pura casualidad. Subordinados recíprocamente uno á otro sólo se explican y se justifican por su reunion.

La extraordinaria latitud de los poderes concedidos á la autoridad judicial en materia de restitucion podía prestarse á la arbitrariedad y á la injusticia; los romanos no desconocían este peligro, puesto que consideraban la restitucion como un remedio extraordinario reservado para los casos en que los medios ordinarios de derecho eran insuficientes. Contra este peligro existía una garantía fundada precisamente en la posicion del funcionario que tenía únicamente derecho de conceder la restitucion. Fué una precaucion muy sabia no abandonar la restitucion en manos de los encargados ordinariamente de los litigios, los jueces privados; pues la reunion de ámbas funciones hubiese comprometido la aplicacion imparcial de las reglas puras del derecho y favorecido el abuso de opiniones individuales y subjetivas. Pero existía además una garantía mayor contra la arbitrariedad en esta posicion especial del pretor. La corta duracion de sus funciones (un año) servía de contrapeso al abuso que pudiera hacer de sus poderes; pues una vez abandonado el cargo debía renunciar á todo crédito y á toda influencia, si no había merecido la confianza de sus conciudadanos por una administracion justa, imparcial y recta. Por otra parte, durante el tiempo mismo de sus funciones tenía el pretor á su lado un gran número de Magistrados, sus iguales ó sus superiores, sin contar los tribunos del pueblo, cada uno de los cuales podía por su

sola intervencion estorbar toda tentativa de injusticia (*a*).

Tales son las condiciones bajo las cuales se encontraba primitivamente constituida la restitucion, y se ve que las diversas partes de esta institucion presentan un acuerdo satisfactorio. Réstanos ahora hablar de los grandes cambios que ha experimentado por consecuencia del tiempo.

Estas modificaciones versan primeramente sobre la posicion de los funcionarios autorizados para conceder la restitucion. Desde el establecimiento de la dominacion imperial los pretores habían decaido mucho del rango que ocupaban bajo la República libre. En adelante el derecho de conceder la restitucion se extendió á otras varias clases de Jueces. La abolicion del antiguo *ordo judiciorum* hizo cesar la separacion que existía tocante á la restitucion, entre los poderes del Magistrado y los del Juez y estos poderes se reunieron bajo las mismas manos. Por último, en los tiempos modernos, el derecho de conceder la restitucion se ha extendido á todos los Jueces sin excepcion alguna (§ 334). Todos estos cambios han hecho desaparecer sucesivamente las garantías más arriba descritas y parece que la restitucion debía ser en adelante una institucion muy peligrosa para la seguridad del derecho.

Mas, por otro lado, las modificaciones que se han verificado tambien en el procedimiento han atenuado en gran parte este peligro.

La primera de ellas es el derecho de apelacion generalmente establecido desde la dominacion imperial (apéndice XV). La restitucion fué tambien sometida á la apelacion y colocada en éste respecto al mismo nivel que las sentencias ordinarias; desde entónces no pudo ser el instrumento de una injusticia é irreparable. Al mismo tiempo, y esto es más importante todavía, el poder de conceder la restitucion, casi ilimitado en su orígen, sufrió numerosas restricciones que no dejan lugar á la arbitrariedad.

Los pretores se habían reservado ya en un caso el dere-

(*a*) Véase t. V, apéndice XV. La garantía contra los abusos que los Pretores podían hacer de la restitucion era precisamente la que evitaba los peligros de la gran influencia ejercida en el derecho por los edictos del Pretor. Estos edictos no eran leyes, como se ha creido durante largo tiempo, pero ejercían en el derecho la misma accion que leyes verdaderas. V. t. I, p. 89, 90, 91.

cho absoluto de conceder ó de rehusar la restitucion (*b*); pero en los demás habían sometido la restitucion á condiciones muy precisas (*c*), que hacían aparecer estos casos como medios ordinarios de derecho.

Además, en muchos casos importantes habían trasformado los pretores la antigua restitucion en acciones y excepciones ordinarias, dando de este modo á la regla la perfeccion que le faltaba, de manera que, salvo restos insignificantes de aplicacion, no quedó para estos casos más que el recuerdo de la institucion antigua, recuerdo que se debe únicamente al lugar que ocupan en el Digesto y en el Edicto (*d*).

Los antiguos jurisconsultos elaboraron la teoría de la restitucion, principalmente en sus comentarios sobre el Edicto, donde consignaron los resultados de una larga experiencia sobre la aplicacion de esta institucion. En las reglas detalladas que daban casuísticamente sobre la admision ó negativa de la restitucion la asimilaban diariamente á los medios ordinarios de derecho, quitándole su carácter primitivo de dependencia de la voluntad del pretor. Tal es la forma que reviste la restitucion en la legislacion justinianea. Hubiera podido ser reemplazada la antigua forma y áun la denominacion de la restitucion por acciones ordinarias como ántes se hacía parcialmente por medio de la *actio doli* y *quod metus causa*; esta sustitucion nos hubiera hecho perder algunos datos históricos, pero nos habría suministrado una idea más exacta de la práctica bajo el punto de vista del derecho justinianeo.

En el trascurso del tiempo ha experimentado la restitucion más de un género de modificaciones que tienden á acercarla cada vez más á los medios de derecho ordinarios y bajo este nuevo carácter es como forma hoy parte constitutiva del derecho comun. Sin embargo, en manos de los Jueces subalternos se ha prestado más que ninguna otra institucion al abuso y á la arbitrariedad, á causa de que estos Jueces y los autores que la servían de guía entendían mal

(*b*) L. I, § I, de minor. (IV, 4).
(*c*) L. I. § I, ex quib. caus. (IV, 6).
(*d*) Tales son las acciones *quod metus causa*, *doli* y de *alienatione judicii mutandi causa*. Véase § 216, notas *h-l*.

el derecho romano y hacían de él falsas aplicaciones. Un exámen imparcial nos muestra que entre las instituciones del derecho romano hay pocas que se hallen ménos extrechamente ligadas al estado actual del derecho y que ejerzan en él ménos influencia; por esta razon ocupa insignificante lugar en las legislaciones modernas *(e)*.

Este juicio sobre el valor intrínseco de dicha institucion se encuentra maravillosamente confirmado por el exámen de las diversas causas de restitucion. Cuando trate de la restitucion de los menores desenvolveré las objeciones que suscita bajo el punto de vista práctico (§ 322). No hay necesidad de hacer una crítica general de la restitucion de los ausentes; pero su necesidad y su importancia han disminuido mucho desde su primera introduccion. Era principalmente útil para reparar el perjuicio resultante de la corta duracion de la usucapion (un año) y de varias otras prescripciones. Pero los grandes cambios introducidos en la prescripcion han hecho esta restitucion ménos necesaria. Ya, segun el derecho romano nuevo, la mayor parte de las restantes restituciones habían sido reemplazadas por medios de derechos ordinarios, y de este modo habían perdido su importancia como restituciones.

Resumiendo lo dicho sobre el desenvolvimiento íntimo de la restitucion, resulta que nos aparece con una tendencia constante hácia su anulacion, y que su última forma apenas conserva algunos rasgos de su carácter primitivo. Este desenvolvimiento extraordinario no proviene de haberse abandonado el pensamiento primitivo por reconocérsele como falso ó haber abortado. Vemos en él, por el contrario, la marcha natural de una trasformacion orgánica en el derecho; la regla, en el principio imperfecta, que exigía la intervencion todo poderosa del Magistrado, progresa poco á poco y llega á su perfeccion, de manera que el *extraordinarium auxilium* se cambia en un *commune auxilium (f)*.

(*e*) El Código Prusiano (A. L. R. J. 9, § 531, y sig. § 594), concede la restitucion contra la prescripcion. El derecho francés, de igual manera que el derecho romano nuevo, procede más sencillamente, declara en semejantes casos interrumpida la prescripcion *ipso jure* (Código civil, artículo 2252).

(*f*) Se encuentran estas expresiones en la L. 16, pr. de minor. (IV. 4).

Un autor contemporáneo manifiesta una opinion que es precisamente la inversa de la mia; pretende que en el trascurso del tiempo los romanos prefirieron la restitucion á varias acciones ordinarias y que su aplicacion vino á ser cada dia más frecuente (*g*). Se recomendaba, dice dicho autor, por formas más expeditivas y por diversas ventajas prácticas que procuraba el demandante; así, mientras que las acciones arbitrarias permitian al demandado restituir la cosa misma ó dejarse condenar á una indemnizacion, la restitucion procuraba siempre la cosa reclamada (*h*). Burchardi trata de probar esta asercion, primeramente por los textos más arriba citados en que la expresion *in integrum restitutio* se emplea realmente de una manera inexacta, y además por un mayor número de textos cuyas expresiones indeterminadas pueden aplicarse igualmente á la restitucion como á los medios de derechos ordinarios y que aplica arbitrariamente á la primera. Nada hay en todo ello que dé testimonio de una crítica imparcial é ilustrada.

La cuestion de saber si la restitucion pretoriana pertenece al dominio de la gracia ó al del derecho ha sido vivamente controvertida. Un autor moderno la llama el acto, el efecto de una gracia, un favor especial á que nadie puede tener un verdadero derecho en el sentido jurídico de la palabra (*i*). Otros autores han combatido esta doctrina y sostienen que la restitucion pertenece al dominio del derecho (*k*).

Si se tiene en cuenta lo que se entiende aquí por gracia

(*g*) Burchardi, § 19, 20, principalmente pag. 361 363, 376, 382. Sin embargo, esta doctrina aparece en él solamente con un valor histórico. Cuando se ocupa de las necesidades prácticas del derecho actual considera la restitucion como peligrosa y quisiera que se restringiese su aplicacion (pag. 546.)

(*h*) Pero esta clase de ventaja concedida al demandado estaba más que compensada por los perjuicios que entrañaba para él la senntencia, V. t. IV, pag. 87-89. Lo que expresamente dice Burchardi, pág. 363 respecto á la sucesion aceptada ó repudiada por temor es exacto en sí, pero este beneficio práctico, léjos de ser una extension de la restitucion, no nos ofrece por el contrario más que un vestigio ya borrado de ella, la accion y la escepcion contra la violencia aseguraban en la mayor parte de los casos una proteccion suficiente.

(*i*) Burchardi, § I, 3, principalmente pág. 7, 20, 40 41.

(*k*) Puchta, Pandekten, § 100, notas Schröter pág. 100, 174, trata este asunto con más detalles.

nos convenceremos que el debate versa más bien sobre la denominacion de la cosa que sobre la cosa misma, y que por consiguiente es enteramente inútil. Puede entenderse por dicha expresion el efecto de un capricho, de una disposicion benévola, de una prediieccion personal ó de cualquier otro movil puramente subjetivo. Pero nadie pretenderá que el nombre de gracia tomado en este sentido sea aplicable á la restitucion. Puede tambien tomarse esta palabra en un sentido más sério, refiriéndose á la gracia concedida á un criminal, y entónces la palabra gracia no se presta á ninguna objecion, pero no se admite que sea dictada bajo ninguno de los motivos más arriba enumerados. La gracia, por el contrario, es legítima cuando colocándose en un punto de vista más elevado nos aparece como una injusticia la aplicacion rigurosa del derecho, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso particular. Bajo este mismo punto de vista la restitucion concilia el *jus* y la *œquitas* (§ 315, nota *d)* y en este sentido puede la restitucion ser llamada una gracia. Así es como efectivamente lo ha entendido el autor de que hablamos; ha querido hacer patente por el nombre de gracia la independencia completa del Magistrado en materia de restitucion. Así, reconoce él mismo tambien que cuando la restitucion está sometida á condiciones el pretor está obligado á concederla desde el momento en que las condiciones existen, y que el cumplimiento de este deber tiene por garantía el recurso de apelacion *(l)*. Pero como el término gracia se presta fácilmente al error que he señalado, como ha dado lugar á un debate inútil y su empleo en realidad no ofrece ventaja alguna, es preferible no servirse de él á propósito de la restitucion. Añado, que si bien en derecho criminal ha sido generalmente admitida la denominacion de gracia aplicada á la restitucion, es porque este derecho se refiere á la alta posicion del soberano y nadie admitirá que la del pretor pueda en ninguna época compararse con ella.

(l) Burchardi p. 10 41. Esto es dificil de conciliar con otro pasaje donde el autor niega expresamente que la restitucion tenga por base un derecho verdadero. Acaso haya sido Burchardi inducido á error por la circunstancia de que el criminal no podria reclamar un indulto como derecho. Pero el derecho de hacer gracia es el atributo de la soberanía y al ejercerlo el soberano es irresponsable.

§ CCCXVIII.—*Restitucion.—Condiciones.—Lesion.*

Despues de haber sentado en la indagacion que precede las bases de nuestro asunto, tratáse ahora de determinar las condiciones que permiten recurrir á este medio extraordinario de derecho; estas condiciones nos darán á conocer al mismo tiempo las diferentes clases de restitucion. Vamos, pues, á tratar sucesivamente de las reglas segun las cuales tiene lugar la restitucion de los funcionarios llamados á pronunciarla, de las partes entre las que interviene, del procedimiento y tambien de la prescripcion especial á que se encuentra sometida, y, por último, de los efectos concedidos á su pronunciacion. La primera parte de esta indaga cion se refiere al fondo de la institucion dicha; la segunda versa sobre la forma.

Las condiciones de la restitucion pueden resumirse en pocas palabras.

La primera es una lesion que este medio de derecho está llamado á hacer desaparecer. La segunda es una causa de restitucion que permita usar de este recurso extraordinario por excepcion á las reglas ordinarias del derecho. Los diferentes motivos de restitucion constituyen al mismo tiempo sus diversas especies. Por último, la tercera condicion es la ausencia de excepciones positivas que hagan la restitucion inadmisible, á pesar de la existencia de las dos condiciones.

La primera condicion de la restitucion es un perjuicio sufrido realmente, una lesion. Podría pretenderse entender por ella una violacion del derecho, pero léjos de implicar la restitucion una violoncia del derecho sucede, por el contrario, que cuando ésta existe realmente, como por ejemplo en el caso de un robo, son suficientes las acciones ordinarias, lo cual hace supérflua la restitucion y por consiguiente inadmisible.

Es preciso entender por lesion, condicion primera para la restitucion, un cambio verdadero del estado del derecho y un cambio perjudicial á aquel que reclama la restitucion (§ 315). Pero este cambio verdadero del estado del derecho tiene que ser regular y legítimo en sí, pues de otro modo sería todo lo más un cambio de hecho, un obstáculo opuesto al ejercicio del derecho.

Un cambio semejante puede resultar de un acto ó de una omision. El acto en este caso se llama un *gestum*, un acto que produce efectos jurídicos (*a*). Aquellos á quienes causa el perjuicio se llama *lapsi, capti, circumventi, circumscripti* (*b*); pero no debe creerse que estas expresiones impliquen un fraude cometido por el adversario, esta circunstancia es del todo indiferente y con frecuencia el perjuicio no tiene otra causa que la ligereza ó la inexperiencia de la parte lesionada (*c*).

Se entiende por lesion no solamente una disminucion cumplida en el estado del derecho, sino tambien la transformacion de un derecho cierto en un derecho dudoso ó controvertido; pues su persecucion cuesta siempre gastos y disgustos y expone á la pérdida de un proceso (*d*).

Una cuestion muy controvertida es la de saber si la restitucion tiene exclusivamente por objeto la disminucion de un bien ya adquirido ó tambien su falta de acrecentamiento (*lucrum*). La aplicacion á este último caso, es decir, la interpretacion más favorable y ámplia no es dudosa en lo que toca á la restitucion de los menores (*e*). Pero como parece establecido lo contrario para otros casos de restitucion (*f*), han sentado como regla varios autores que los menores obtienen restitucion por las pérdidas y por la falta de ganancia y las demás personas únicamente por las pérdidas (*g*).

(*a*) L. I, § I; L. 7, pr., de minor (IV, 4): «Cuod cum minore... gestum esse dicetur. Gestum accipimus, qualiter: sive contractus sit, sive quid aliud contigit.»

(*b*) L. 1, de in int. rest. (IV, 1); L. 24, § 1; 444, de minor. (IV, 4): L. 9, § 4, de jurej. (XII, 2).

(*c*) L. 11, § 4; 444, de minor. (IV, 4). En este sentido se dice en otro lugar: «naturaliter licere contrahentibus se circumvenire (circumscribere).» 416, § 4, de minor. (IV, 4); 422, § 3, eoc. (XIX, 2), términos que no implican ninguna idea de fraude, puesto que este no es nunca permitido. Es verdad que estos mismos términos designan algunas veces un acto fraudulento.

(*d*) L. 6, de minor. (IV, 4): «.....cum intersit eorum, litibus et sumptibus non vexari.» Vemos una aplicacion de esta regla en la L. 440, pr.. eod.

(*e*) L. 7, § 6, de minor. (IV, 4): «Hodie certo jure utimur, ut et in lucro minoribus subveniatur.» L. 44, eod.; L. 17, § 3, de usuris, (XXII, 1).

(*f*) L. 18, ex quib. caus. (IV, 6): «Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus *rei duntaxat persequendæ gratia queruntur*, non cum *et lucri faciendi* ex alterius pœna vel damno auxilium sibi impertiri desiderant.»

(*g*) Puchta Pandekten, § 101, nota *d*.

Para encontrar en esta diferencia un contraste real, es preciso tomar otro punto de vista, y entónces se reconoce que no existe para los menores ningun privilegio especial. Es preciso distinguir, en efecto, entre la ganancia proveniente de la disminucion de un bien adquirido ya por otro, y la que tiene un orígen diverso. La primera no puede nunca dar lugar á una restitucion ni para el menor ni para otro alguno. Así no se da restitucion contra la pérdida de una accion penal que empobrece al demandado en todo lo que gana el demandante *(h)*. Tampoco se concede restitucion por la ganancia que hubiera procurado una usucapion no cumplida; porque esta ganancia sólo se obtiene por una disminucion igual de los bienes del antiguo propietario *(i)*. Cuando, por el contrario, la ganancia no realizada no ha de tomarse de los bienes adquiridos por otro, es admisible la restitucion desde el momento que existe un motivo para ella. Citaré como ejemplo el caso de una sucesion ó de un legado que no se ha recogido por ser menor el heredero ó el legatario *(k)* ó estar ausente por el servicio militar *(l)*; pues si bien la restitucion los vuelve al anterior estado, lo que ellos obtienen no formaba parte todavía del patrimonio de nadie. No se puede, pues, decir, que la restitucion del ausente, de igual manera que la del menor, se aplique á un beneficio no realizado *(m)*, y que entre estos dos casos de restitucion no exista realmente ninguna diferencia *(n)*.

(h) L. 37, pr., de minor. (IV, 4), (con motivo de los menores). L. 18, ex quib. caus. V. nota *f*; en este último texto al punto esencial, no es *lucri faciendi*, sino *ex alterius pœna vel damno*. Se trata, pues, de las acciones penales bilaterales. V. t. IV, § 210. Los intereses de un fideicomiso tienen el mismo carácter cuando la falta de pago no se debe á culpa alguna del heredero gravado. En este caso se rehusa la restitucion áun á los menores. L. 17, § 3, de usur. (XXII, 1).

(i) L. 20 ex quib. caus. (IV, 6).

(k) L. 1, 2, c. si ut omissam. (II, 40).

(l) L. 17, pr., § 1; L. 41, ex quib. caus. (IV, 6).

(m) L. 27, ex quib. caus. (IV, 6): «Et sive quid amiserit, *vel lucratus* non sit, restitutio faciende est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit.» Debe notarse que este texto está tomado del mismo libro que el trascrito en la nota *f;* L. 18, eod. (Paulo, lib. XII, ad Ed.), lo cual excluye toda idea de controversia entre los antiguos jurisconsultos.

(n) La distincion hecha en este lugar se encuentra ya en Cuyacio in Paul. lib. XII, ad Ed. opp. T. V, p. 167. Burchardi, p. 60-69, reconoce tambien que no hay á este respecto diferencia alguna entre los menores y los mayores. Sólo que considera (p. 134) la falta de restitucion para

En caso de controversia, el hecho de la lesion, es decir, del perjuicio experimentado por el cambio del estado del derecho debe, como cualquier otro hecho, ser probado por el que pide la restitucion. Equivocadamente, por tanto, consideran varios autores esta prueba como inútil y pretenden que basta alegar el perjuicio (*o*).

§ CCCXIX.—*Restitucion.—Condiciones.*—I. *Lesion.* (Continuacion).

Para hacer más patente la naturaleza de la lesion que toda restitucion supone, voy á pasar revista á las diversas relaciones de derecho en que esta lesion puede existir y necesitar una restitucion (*a*).

En el dominio del derecho de las cosas nos aparece la usucapion como el caso más frecuente en que una lesion pueda motivar la restitucion. En efecto, cuando un propietario es despojado de su propiedad por una usucapion á la cual no haya opuesto obstáculo alguno, relevando la restitucion de esta negligencia puede hacer revivir el estado de derecho que existía ántes de cumplirse la usucapion (*b*). La pérdida de una servidumbre por el no uso tiene una naturaleza semejante. Otro tanto digo de la pérdida de una sucesion pretoriana por falta de adicion en el plazo fijado. Por último, la pérdida de un derecho de accion ocasionada por la prescripcion presentaría absolutamente el mismo carácter sin las disposiciones excepcionales que voy á exponer. Contra la prescripcion de treinta años no se concede ninguna restitucion á los menores; las prescripciones más cortas no corren durante la menor edad del titular del derecho, y esto sin necesidad de ninguna restitucion; los demás motivos de restitucion, tales como la pérdida de la propiedad

---

las acciones penales como una escepcion aislada, cuando por el contrario se deriva de los principios esenciales que rigen en esta materia.

(*o*) L. 7, § 3; L. 35, 44, de minor. (IV, 4); L. 9, § 4, de jurej. (XII, 2); L. 5, pr. C. de in int. rest. min. (II, 22); L. 1, 6, si adv. vend. pign. II, 29). Burchardi, p. 53 59, p. 448.

(*a*) Burchardi, § 9, donde se citan muchos textos relativos á la mayor parte de estas aplicaciones.

(*b*) Esto es lo que decide para los menores la L. 45, pr., de minor. (IV, 4). Lo mismo sucede en el caso de la usucapion cumplida, ya en favor, ya en perjuicio de un ausente. L. 1, § 1, ex quib. caus. (IV, 6).

por la usucapion y las lesiones de toda especie, se aplican á los menores de igual manera que á los mayores de edad *(c)*.

El derecho de obligaciones nos ofrece las aplicaciones más amplias de la restitucion. Existe, en efecto, para toda clase de contratos que puedan engendrar obligaciones perjudiciales para un indivíduo como son principalmente la compra-venta, el arrendamiento, el contrato de sociedad, de igual manera que el préstamo cuando el deudor ha disipado en totalidad ó en parte la suma recibida *(d)*; existe tambien dicho recurso respecto á la caucion por la deuda de un tercero *(e)*, y respecto al compromiso nombrando árbitros *(f)*.

La restitucion se aplica igualmente á varios actos por los que se extinguen las obligaciones. Tales son, de parte del acreedor, la novacion, cuando produce para él un crédito ménos seguro ó un deudor ménos solvente *(g)*; la liberacion del deudor en virtud de una aceptilacion *(h)*; la recepcion de un pago cuando se ha disipado *(i)* la suma recibida. Tales son, tambien, de parte del deudor, el pago de una deuda que podía rehusar por no existir accion para obligarlo *(k)*; la dacion de una cosa en pago, cuando esta cosa tiene un valor superior á la deuda *(l)*.

En el dominio del derecho de sucesion, la restitucion se aplica cuando ha sido aceptada una sucesion onerosa y el heredero pide se le libre de ella *(m)*; de igual manera. cuando despues de haber renunciado á una sucesion bene-

---

(c) V. t. II, apéndice VIII, núm. XXVII.
(d) L. 24, § 4; L. 27, § 1, de minor. (IV, 4).
(e) L. 50, de minor. (IV, 4).
(f) L. 34, § 1, de minor. (IV, 4).
(g) L. 27, § 3; L. 40, pr. de minor. (IV, 4).
(h) L. 27, § 2, minor. (IV, 4).
(i) L. 24, § 4; L. 27, § 1; L. 47 § 1, de minor. (IV, 4); L. 32, § 4, de admin. (XXVI, 7). El motivo es el mismo que para el préstamo recibido y disipado, sólo que en este último caso debe concederse más fácilmente la restitucion; pues el préstamo es un acto puramente voluntario y el pago de una deuda es un acto obligado.
(k) L. 25, pr., de minor. (IV, 4).
(l) L. 40, § 1, de minor. (IV, 4).
(m) L. 6, de in int. rest. (IV, 1); L. 21, § 5, quod metus (IV, 2); L. 7, § 5, 10; L. 22; L. 29, § 2; L. 31, de minor. (IV, 4); L. 85, de adqu. her. (XXIX, 2). Podría creerse con arreglo á L. 6, § 7, eod. que la aceptacion de una sucesion hecha por miedo es nula *ipso jure* y carece por tanto de restitucion, pero en este texto se trata de una aceptacion simulada (*fallens* adierit), Burchardi, p. 366.

ficiosa se la quiere recobrar, ó cuando ha dejado pasar el plazo fijado para obtener una sucesion pretoriana (*n*); y por último, cuando el heredero no ha cumplido la condicion bajo la cual había sido instituido (*o*).

El derecho de familia nos presenta un ejemplo de restitucion en el caso de una arrogacion perjudicial al arrogado cuando este reclama posteriormente su antigua independencia (*p*).

Por último, el derecho de procedimiento nos suministra numerosas é importantes aplicaciones de la restitucion (*q*) Las formas rigurosas é inflexibles del antiguo procedimiento romano exigían con frecuencia que la equidad viniese á reparar por medio de la restitucion sencillos errores. Pero las fuentes del derecho justinianeo, á pesar de lo diverso de las circunstancias, contienen tambien numerosas aplicaciones de la restitucion al procedimiento. Tal es la restitucion concedida cuando no se ha presentado una pieza en el proceso, cuando se ha dejado pasar el plazo de la apelacion y cuando se trata de eludir el perjuicio que entraña la desobediencia á los mandatos del Juez (*r*). Entre las restituciones de esta clase, la más importante es la que se dá contra una sentencia pronunciada, si lo ha sido por el Magistrado llamado á conocer de la restitucion (*s*). Produce esta entónces los mismos efectos que la apelacion, es decir, un nuevo exámen y una modificacion posible de la sentencia dictada (*t*). Se parte del principio de que el litigante que

---

(*n*) L. 21, § 6, quod met (IV, 2); L. 7, § 10; L. 22; L. 24, § 2; L. 30. de minor. (IV, 4); L. 2, C. si ut omissam (II, 40).

(*o*) L. 3, § 8, de minor. (IV, 4).

(*p*) L. 3, § 6, de minor. (IV, 4). Así, pues, no debe decirse que toda *capitis deminutio* escapa á la restitucion como parece resultar de la L. 9, § 4, eod. Burchardi, p. 129. 132.

(*q*) L. 7, § 4, de minor. (IV, 4): «Sed et in judiciis subvenitur, sive dum agit, sive dum convenitur, captus sit.»

(*r*) L. 36, de minor. (IV, 4); L. 7, § 11, 12; L. 8, de minor. (IV, 4); L. 9, § 4, de jurej. (XII, 2).

(*s*) L. 16, § 5; L. 17; L. 18; L. 29, § 1; L. 42, de minor. (IV, 4); L. 8, de in int. rest. (IV, 1), tít. C. si adv. rem jud. (II, 27). La restitucion contra el *possidere jubere* nos ofrece una aplicacion particular de este principio; L. 15, § 2, ex quib. c. majores (IV, 6); L. 15; § 3, de damn. inf. (XXIX, 2).

(*t*) L. 42, de minor. (IV, 4); L. 18, de interrog. (XI, 1). Estas dos instituciones difieren en que la apelacion versa sobre la parte injusta de la sentencia y la restitucion se motiva en la imprevision del mismo que

sucumbe y que pide la restitucion habría obtenido una decision diferente si se hubiera conducido con más habilidad en el proceso. Por aplicacion de este principio se puede pedir contra una restitucion pronunciada otra nueva que destruya el efecto de la primera (*u*). Si esta tenía por objeto una simple relacion de derecho entre dos partes determinadas, por ejemplo, la anulacion de un contrato de venta, no siempre se necesita una segunda restitucion. En efecto, el adversario que por vía de accion pide el restablecimiento del estado de cosas primitivo puede ser rechazado por una simple excepcion, pues el que obtiene el beneficio de la restitucion es siempre libre de no aprovecharse de ella (*v*). Podría creerse que la negativa de una restitucion motivase la demanda de una restitucion nueva. En principio es inadmisible semejante creencia; contra esta negativa no hay más recurso que la apelacion (*w*); de otro modo, las demandas de restitucion podrían renovarse independientemente. Sin embargo, puede esta negativa dar lugar por excepcion á una segunda demanda restitutoria si está fundada en motivos diferentes (*x*).

§ CCCXX.—*Restitucion.—Condiciones.*—II. *Causas de restitucion.*

La segunda condicion de toda restitucion es un motivo (*justa causa*), es decir, un estado anormal que necesite este recurso extraordinario, por excepcion á las reglas ordina-

---

reclama ó en el perjuicio que le causa su adversario; L. 17, de minor. (IV, 4).

(*u*) L. 7, § 9, de minor. (IV, 4). Respecto á los peculios se encuentra una excepcion á esta regla en la L. 8, § 6, C. de bon. quæ lib. (VI, 6). Burchardi, p. 93, 248.

(*v*) L. 41, de min. (IV, 4): «quis cuique licet contemnere hæc, quæ pro se introducta sunt.» No sucede lo mismo en cuanto á la restitucion contra la aceptacion ó repudiacion de una sucesion. (L. 7, § 9, de min.) á causa de la indeterminacion de las relaciones existentes respecto á diversas personas.

(*w*) L. 1, C. si sæpius (II, 44). Burchardi, p. 95, pretende equivocadamente que la L. 38, pr. de minor. (IV, 4) se halla en contradiccion con este principio, y que debe ser considerada como un acto arbitrario de la autoridad imperial. Mas se trata, por el contrario, de una apelacion llevada ante el emperador, el cual era competente para conocer en última instancia.

(*x*) L. 2, 3, C. si sæpius (II, 44).

rias del derecho (§ 318). En el motivo de la restitucion es donde principalmente se muestra la independencia absoluta del Magistrado, independencia que constituye el carácter esencial de la restitucion. No se trata aquí únicamente, como sucede en una accion ordinaria, si el motivo de la restitucion existe de hecho, sino de decidir, segun las circunstancias particulares del caso, si la restitucion es admisible y necesaria (*a*).

Dos puntos esenciales deben llamar principalmente la atencion de los Magistrados en un proceso de esta naturaleza. Primeramente, es preciso que exista una relacion de causalidad entre el estado especial de la parte lesionada, motivo de restitucion y la lesion demostrada. Así, por ejemplo, debe ser restituido un menor cuando compra una cosa mala; pero no si compra una cosa buena que perece más tarde por caso fortuito (*b*); pues un mayor hubiera podido experimentar idéntica pérdida, la cual no resulta en modo alguno de la inexperiencia de la juventud. Si esta misma circunstancia es dudosa, se toma en consideracion la conducta conocida del menor, y el que ordinariamente da muestras de prudencia y discrecion no debe ser tan facilmente restituido (*c*). Por igual motivo debe rehusarse la restitucion por causa de ausencia cuando el perjuicio no es consecuencia necesaria de ésta, ni cuando hubiera podido evitarse por una razonable prevision (*d*).

En segundo lugar, el Juez no debe ocuparse exclusivamente de la ventaja ó del perjuicio actual de la parte lesionada, sino que debe tener en cuenta el conjunto de circunstancias que constituyen su posicion. En su consecuencia no debe pronunciar una restitucion que, garantizando al menor

---

(*a*) L. 3, de in int. rest. (IV, 1): «Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Prætore promitten tur· scilicet; ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit.» Dejo Johannes observa con razon en la glosa que *veræ* implica aquí la idea de *justæ*, y que por tanto, no se trata de ningun simple hecho que hacer constar. Se debe, pues, rechazar la correccion propuesta por varios autores, *examinet, et an veræ sint*. V. tambien L. 11, § 3: L. 24, § 5: L. 44, de min. (IV, 4).

(*b*) L. 11, § 4, de min. (IV, 4); de igual manera tambien la aceptacion de una sucesion debe ser perjudicial en sí ó llegado á serlo por consecuen cia de circunstancias posteriores; L. 11, § 5, eod.

(*c*) L. 11, § 4, de min. (IV, 4); L. 1, C. qui et adv. quos (II, 42).

(*d*) L. 15, § 3; L. 16; L. 44, ex quib. caus. (IV, 6).

contra un perjuicio pequeño y aislado, arruinase completamente su crédito (*e*).

Voy á enumerar ahora los diversos motivos de restitucion contenidos en el Edicto, y esta enumeracion nos servirá al mismo tiempo de base para el estudio de las diversas clases de restitucion á que se consagran los siguientes párrafos. Citaré, ante todo, los testimonios de las fuentes.

L. 1, de in int. rest. (IV, 1), tomado de Ulpiano, Lib. XII ad Ed.:

«...Sub hoc. Título plurifariam Prætor hominibus vel lapsis vel circunscriptis subvenit (*f*): sive metu, sive *calliditate*, sive *ætate*, sive absentia inciderunt in captionem.»

L. 2, eod., tomada de Paulo, Lib. I, Sent.

«Sive per status mutationem, aut justum errorem.»

Paulo, Sent. I, 7, § 2, (*g*).

«Integri restitutionem Prætor tribuit (*h*) ex his causis, quæ per *metum, dolum*, et *status permutationem*, et *absentiam necessariam*, et *infirmitatem ætatis* gestæ esse dicuntur.»

Añado á estos textos los siguientes títulos, libro cuarto del Digesto, cuyo órden es tambien notable:

Título 2. Quod metus causa (Codex, II, 20).
» 3. De dolo malo (Codex, II, 21).
» 4. De minoribus XXV annis (Codex, II, 22).
» 5. De capite minutis.
» 6. Exquibus causis majores (Codex, II, 51).
» 7. De alienatione judicii mutandi causa facta (Codex, II, 55).

(*e*) L. 7, § 8; L. 24, § 1, de min. (IV, 4). Por igual motivo debe rehusarse la restitucion cuando la reparacion de un débil perjuicio entrañase para otro un perjuicio mucho más grave. L. 4, de int. rest. (IV, 1). Por otra parte, sería injusto rehusar la restitucion por el solo motivo de que el perjuicio es de poca importancia. Burchardi, § 8 y p. 126.

(*f*) Aquí Ulpiano no dice únicamente que en semejante caso acostumbre el pretor á conceder la restitucion (subvenit), sino que promete la restitucion en el edicto (*sub hoc titulo* subvenit).

(*g*) Este testimonio no debe ser considerado como distinto é independiente del que precede; se han insertado en el Digesto algunas palabras tomadas de las *sententiæ* de Paulo para completar el texto de Ulpiano únicamente.

(*h*) La palabra *tribuit* es en sí susceptible de dos acepciones; puede aplicarse al simple hecho de la restitucion ó al de su promesa en el edicto. Pero como la mayor parte de estos casos se hallaba ciertamente enumerada en el edicto, esta segunda significacion es la más verosímil.

Entre las causas de restitucion hay cuatro que se encuentran igualmente en todas partes y que, por tanto, no necesitan aquí de justificacion alguna; estas son: la violencia, el fraude, la menor edad y la ausencia. En Ulpiano falta ciertamente la *capitis deminutio*; pero ésta, como se verá más adelante, no ha tenido nunca más que el nombre y las formas exteriores de la restitucion, sin ninguno de sus caracteres esenciales, á saber: la independencia absoluta del Magistrado y la corta prescripcion; de modo que se explica de una manera satisfactoria su omision en el texto de Ulpiano. Omite tambien éste entre los motivos el error. Acaso se deba á que el error no se menciona de una manera expresa en el Edicto como motivo de restitucion, sino para un caso aislado; por lo demás, el asunto no es dudoso en modo alguno, y Ulpiano mismo ha reconocido formalmente en otros lugares que el error es motivo de restitucion (*i*). Por último, Ulpiano y Paulo omiten la *alienatio judicii mutandi causa* que, sin embargo, figura entre los títulos del Digesto relativos á la restitucion. Pero en el tiempo de estos dos jurisconsultos no existía ya como restitucion y su objeto se conseguía por otros medios (§ 316).

Carecemos de testimonios positivos respecto á la época en que estos diversos motivos de restitucion se introdujeron en el Edicto. El órden de su insercion en dicho edicto responde probablemente al órden cronológico de su establecimiento; pues no puede asignarse á esta clasificacion ningun motivo tomado de la naturaleza de las cosas ó de una necesidad práctica. El Edicto presentaba evidentemente los motivos de restitucion en el órden que hemos visto adoptado para los títulos del Digesto y que ha sido reproducido en el Código. Añado que los principales textos de Ulpiano sobre la restitucion están tomados de los títulos XI y XII ad Edictum (*k*), como tambien los principales textos de Paulo, y

(*i*) L. 1, § 1, 6, quod falso (XXVII, 6). Gayo trata tambien del error en el mismo libro IV, ad Ed. prov., donde enumera las demás causas de restitucion: L. 10, eod., comparada con los L. 6, 19, quod metus; L. 6, 8, 23, 26, 28, de dolo; L. 12, 15, 25, 27, de minor.: L. 25, ex quib. c.: L. 1, 3, 7, de al. jud. mut.

(*k*) Los únicos textos dudosos son las L. 2, 4, 6, de al. jud. mut. (IV, 7), que en el manuscrito de Florencia llevan por inscripcion: lib. XIII (en Haloander, lib. XII), miéntras que la L. 10 eod. tiene tambien por inscripcion en el manuscrito de Florencia: lib. XII.

que los diversos motivos de restitucion aparecen en el órden que atribuimos al Edicto.

Creo, pues, que los motivos de restitucion se han insertado sucesivamente en el Edicto, conforme fueron introduciéndose.

1) Violencia.

2) Fraude. Estos dos motivos de restitucion vienen en primera linea, no sólo en el Digesto y en el Código, sino tambien en los textos más arriba trascritos de Ulpiano y de Paulo, sin que pueda explicarse esta prioridad, como no sea por el hecho histórico de su fecha; pues estos dos motivos de restitucion fueron pronto reemplazados por acciones ordinarias que los hicieron en gran parte útiles; de manera que apénas aparecen algunos restos de ellos bajo el título de las restituciones (§ 316–317).

3) Menor edad. Ulpiano coloca igualmente en tercer lugar esta causa de restitucion.

4) *Capitis deminutio.*

5) Ausencia.—Ulpiano la coloca en cuarto lugar porque omite la *capitis deminutio.*

6) *Alienatio judicii mutandi causa.* Cesó más tarde de existir como causa de restitucion.

7) Error. El Edicto sólo hacía mencion del error á propósito de un caso aislado; pero los redactores del Digesto, privando á este motivo del lugar que ocupaba en el Edicto, lo incorporaron al derecho de la tutela (lib. XXVII, tít. 6), sustitucion determinada evidentemente por el encadenamiento lógico de las ideas.

El autor moderno que ha tratado más explícitamente de la restitucion (*l*), no concuerda conmigo respecto al órden cronológico en que fueron adoptados los diversos motivos de restitucion. Pretende que el Edicto se ocupó primero de la ausencia, pero bajo una forma caida en desuso y que nos es desconocida. Vinieron despues las disposiciones sobre los menores, pero que en su sentir no son anteriores á la mitad del primer siglo, y más tarde el edicto actual sobre la ausencia. Cree que las restituciones por causa de violencia ó de fraude no han figurado nunca en el edicto, ni han

(*l*) Burchardi, p. 148, 150, p. 213, 217.

sido establecidas hasta muy tarde por la jurisprudencia, miéntras que las acciones personales fundadas en la violencia ó el fraude tuvieron un orígen muy antiguo (*m*). Esta opinion se refiere, desde luego, á la teoría del mismo autor que he combatido más arriba sobre el desenvolvimiento histórico de la restitucion en general (§ 317, nota *g*), y además se relaciona con diversas hipótesis nada convincentes por cierto.

Sin embargo, el órden cronológico de los motivos de restitucion no debe guiarnos en nuestro estudio científico; trátase, por el contrario, de comenzar por los más importantes y fecundos. Hé aquí el órden que seguiré en la presente indagacion.

1) Menor edad.
2) Ausencia.
3) Violencia.
4) Error.
5) Fraude (*n*).
6) Causas de restitucion caidas en desuso.

§ CCCXXI.—*Restitucion.—Condiciones.*—III. *Carencia de excepciones positivas.*

Varios autores admiten un gran número de casos excepcionales en que la restitucion resulta inaplicable, á pesar de la existencia de las dos primeras condiciones, la lesion y un motivo de restitucion (*a*). Muchas de estas excepciones no son más que aparentes, porque en realidad no hay en

---

(*m*) Con respecto á la restitucion por causa de fraude no podemos citar ningun texto del edicto, pues la L. 1, § 1, de dolo (IV, 3), no habla evidentemente más que de la *actio doli*. En cuanto á la violencia, los términos del edicto *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo* (L. 1, quod metus, IV, 2), son tan generales que pueden aplicarse á una accion y á una excepcion; pero se aplican á la restitucion, de igual manera que al texto del edicto concerniente á los menores: *uti quæque res erit, animadvertam.* (L. 1, § 1, de min. IV, 4), cuyo texto designa cierta y exclusivamente la restitucion.

(*n*) Coloco el fraude despues del error, porque realmente no es más que un error cualificado; además, en el lugar que le asigno es más fácil de estudiar esta institucion.

(*a*) Así, por ejemplo, Burchardi, § 10.

ellas lesion (*b*). Otras tienen una relacion tan directa con un principio especial de derecho que vale más referirlas á este principio que á la materia de restitucion (*c*). Me limitaré, pues, á examinar aquí los casos excepcionales que tienen carácter de generalidad y nos permiten al mismo tiempo profundizar la naturaleza de la restitucion.

1) No hay nunca restitucion contra el perjuicio resultante de un delito, ya sea público, ya privado (*d*). La restitucion, en efecto, tiene principalmente por objeto la proteccion contra los perjuicios causados por un acto jurídico (*gestum*) (§ 318, nota *a*), lo cual excluye los delitos. Además, respecto á los delitos públicos, su persecucion no correspondía á la jurisdiccion civil de los pretores que eran los únicos que concedían la restitucion.

Pero cuando los delitos no constituyen más que simples faltas parece admisible la restitucion. Esta distincion se hace expresamente con motivo de la falta de pago de los derechos de aduana (*commissum*). En el caso de una simple *culpa* puede eludirse la pena por medio de la restitucion (*e*). Un texto bastante oscuro del Código parece establecer el mismo principio en términos generales. Segun él, la prohibicion de la restitucion contra la *actio legis Aquiliæ*, que otro texto parece pronunciar de una manera absoluta, deberá restringirse al caso en que el perjuicio haya sido causado por malicia (*g*).

(*b*) Tales son, por ejemplo, los casos de que habla la L. 1, C. si adv. don. (II, 39) y la L. 11, C. de transact. (II, 4).

(*c*) Citaré como ejemplo la regla importante de que no es admisible ninguna clase de restitucion contra la prescripcion de treinta años. Véase t. II, apéndice VIII, núm. XXVII.

(*d*) L. 9, § 2, de min. (IV, 4); sobre las palabras *damnum decidere*, V. L. 17, § 1, de pactis y t. IV, p. 354; L. 9, § 3, eod; L. 37, § 1, eod: las palabras: *nisi quatenus*, etc, no se refieren á la restitucion sino á una aplicacion ménos rigurosa de las penas arbitrarias. L. 1, 2, C. si adv. del. (II, 35).

(*e*) L. 9, § 5, de min. (IV, 4); L. 16, § 9, de public. (XXXIX, 4).

(*f*) L. 1, C. si adv. del. (II, 35): «... si tamen delictum *non ex animo*, sed extra venit... in integrum restitutionis auxilium competit.» Las palabras *sed extra* debe entenderse que se refieren á la *culpa*. La leccion de Haloander:» Sed *ex contractu*, no da más claridad al texto.

(*g*) La conexion íntima del texto en su conjunto es favorable á esta interpretacion restrictiva. Se podría tambien objetar que la *culpa divertere* no admite tampoco restitucion. (L. 9, § 3 de min.), pero esto se explica por la comparacion con el *adulterium*. (L. 37, § 1, eod.); ade-

2) Una excepcion muy semejante existe respecto á las obligaciones nacidas de los contratos, cuando el deudor es culpable de dolo (*h*). Como ejemplo de esta excepcion se cita el caso de un menor que, nacido libre, se deja vender fraudulentamente como exclavo con el fin de participar del precio de la venta (*i*).

3) La restitucion no se concede nunca cuando la relacion de derecho cuyo cambio crea un perjuicio no puede ser restablecida á causa de su especial naturaleza. Precisamente en virtud de esta regla una vez pronunciada la emancipacion no podía revocarse por vía de restitucion alguna (*k*). Como extension ó desenvolvimiento de esta regla deben ser consideradas las siguientes disposiciones. La venta de un esclavo no es susceptible de restitucion si dicho esclavo ha sido emancipado por el comprador (*l*). De igual manera, la sentencia que declara libre á un indivíduo reclamado como esclavo no es susceptible tampoco de restitucion (*m*).

Se admite, por el contrario, la restitucion contra un acto jurídico que tenga por objeto una manumision futura (*n*). El que ha sido perjudicado tiene tambien para hacerse indemnizar diversas clases de acciones, que ejercita aún contra el mismo manumitido, si los actos que las motivan han sido continuados despues de la manumision. (*o*).

Sin embargo, los principios generales no permiten diri-

---

más, la *culpa divertere* resulta con mucha frecuencia de actos premeditados, por lo cual la palabra *culpa* no expresa de ningun modo el contraste del *dolus*. En cuanto al incesto sólo se admite como excusa el error unido á la poca edad; L. 38 § 7, ad. L. J. de adult. (XLVIII, 5); L. 4, C. de incest. (V, 5).

(*h*) L. 9, § 2, de min. (IV, 4). El *dolus* in *contractibus* se asimila aquí por completo á los delitos.

(*i*) L. 9, § 4, de min, (IV, 4).

(*k*) L. 9, § 6, de min. (IV, 4); L. 7, pr., de dolo (IV, 3) (al final del texto); L. 1, 2, 3, C. si adv. lib. (II, 31). No se debe considerar como restriccion impuesta á la regla este pasaje de la L. 10, de min.: «nisi ex magna causa hoc á principe fuerit consecutum.» Dicho pasaje no es más que una enseñanza histórica sobre la intervencion extraordinaria del emperador en los negocios judiciales.

(*l*) L. 48, § 1, de min. (IV. 4).

(*m*) L. 9, de appel. (XLIX, 1); L. 4, C. si adv. lib. (II, 31).

(*n*) L. 11, § 1; L. 33, de min. (IV, 4).

(*o*) L. 11, pr.; L. 48, § 1, de min. (IV, 4).

gir accion alguna contra el liberto por hechos verificados durante el tiempo de su exclavitud (*p*).

Varios autores dan á la excepcion última tal extension que la aplican á todas las relaciones del derecho de famila. Para refutar esta doctrina basta recordar que la restitucion era admitida ciertamente contra la arrogacion (§ 319).

Por otro lado, nunca hay lugar á restitucion contra un matrimonio regularmente contraido (*q*). El derecho romano no nos ofrece de ello ningun vestigio, y aunque la facilidad del divorcio hubiera hecho ménos importante que en el derecho actual este beneficio es evidente, sin embargo, que áun entre los Romanos hubieran existido numerosas diferencias entre los efectos de un divorcio y los de la anulacion de un matrimonio por vía de restitucion.

La restitucion, que ocuparía un lugar intermedio entre la declaracion de nulidad y el divorcio, es absolutamente incompatible con el conjunto del derecho actual sobre el matrimonio. Para convencerse de esta verdad basta examinar las diversas causas de restitucion. Hoy la violencia y el fraude entrañan la nulidad del matrimonio; de modo que restaría solamente para la restitucion la menor edad, la cual en la suposicion de un matrimonio desventajoso ó contraido con ligereza, daría lugar á la restitucion y restableceria al esposo menor al estado en que se encontraba ántes de casarse. Sería esto ir más allá del divorcio; y no se podría sin gran inconsecuencia atribuir semejante efecto á causas mucho ménos graves que las admitidas por el derecho comun de los protestantes para la pronunciacion

(*p*) Los contratos otorgados por los esclavos engendraban despues de su manumision una *naturalis obligatio* sin accion; los delitos por ellos cometidos conferian á los extranjeros una accion, pero no resultaba de ellos ninguna obligacion contra el Señor. V. t. I, p. 397-400. Podría ser motivo de duda la última proposicion de la L. 3, C. si adv. lib. (II, 31); á cuyo efecto podrian referirse las palabras *ratio vestra læsa sit* á una cuenta inexacta ó infiel *anterior* á la manumision. Pero estas expresiones pueden tambien designar una cuenta posterior á la emancipacion, y no otra cosa pueden significar. porque no son más que la reproduccion literal de un rescripto mucho más antiguo (L. 10, C. de admin. V, 37) al cual no podría darseotro sentido. La repeticion no hace más que completar superabundantemente la exposicion de los principios que rigen en esta materia.

(*q*) Burchardi, p. 142, y los demás que cita Puchta, Pandekten, § 107, núm. 2.

del divorcio. Los principios del catolicismo sobre el divorcio rechazan evidentemente semejante restitucion.

4) Por último, no debe ser concedia la restitucion cuando bastan para impedir la lesion las reglas ordinarias del derecho (*r*); pues no existiendo la necesidad de este recurso extraordinario, no podría justificarse la existencia de la lesion misma, condicion esencial para dicho recurso, (§ 318).

Por aplicacion de esta regla debe ser rehusada como supérflua la restitucion en todos los casos de nulidad de contrato, por ejemplo, cuando se obliga un impúbero sin la ratificacion de su tutor (*s*). Lo mismo sucede cuando un acreedor menor deja cumplir una prescripcion de ménos de treinta años, pues ninguna prescripcion de esta clase corre contra los menores, y, por consiguiente es inútil la restitucion.

Por otra parte esta regla no se aplica á los casos en que, independientemente de la restitucion, tiene á su favor la parte lesionada una accion ordinaria que le ofrece una proteccion ménos completa ó ménos segura; pues la restitucion no debe únicamente garantizarnos contra la disminucion directa de nuestros derechos, sino tambien contra la trasformacion de un derecho cierto en un derecho incierto y litigioso, cuyo resultado es imposible prever (*t*).

Los impúberos y los menores tienen con frecuencia al mismo tiempo por garantía de sus derechos, la restitucion y la *actio tutelæ* contra sus tutores. Podría creerse que en semejantes casos la restitucion aparece excluida por esta última accion que es una vía ordinaria de derecho. Mas, por el contrario, se halla formalmente establecido que los impúberos y los menores pueden elegir entre estos dos recursos y que tienen tambien la facultad de volver su eleccion (*u*). No constituye, pues, esta circunstancia una des-

---

(*r*) L. 16, pr., de min. (IV, 4).: «Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet, ei tribuí extraordinarium auxilium.» Tet. C. in quib. caus. (II, 41).

(*s*) L. 16, pr. § 1, 3, de min. (IV, 4).

(*t*) Burchardi, p. 107. A esto se refiere la L. 16, § 2, de min. (IV, 4), cuyo sentido es muy controvertido, V. t. II, p. 458 y 459 y Burchardi, p. 102, V. tambien § 318, nota *g*.

(*u*) L. 45, § 1, de min. (IV, 4); L. 3, 5, C. si tutor (II, 25). Estos textos no se hallan en modo alguno en contradiccion con la L. 39, § 1, de min.

viacion de las precedentes reglas (*v*), sino más bien su pura y simple aplicacion. En efecto, la *actio tutelæ* tiene por condicion la prueba de una obligacion especial del tutor (*w*), prueba que es siempre incierta; de modo que el resultado de esta accion ofrece ménos seguridad que el de la restitucion.

§ CCCXXII.—*Restitucion.—Sus diversas causas.* I. *Menor edad.*

Despues de haber expuesto las condiciones generales de la restitucion, réstame tratar de sus diferentes especies. Ya hemos visto (§ 320) la relacion que existe entre estas y los motivos de restitucion.

Coloco á la cabeza de dichos motivos la menor edad, porque nos ofrece el más completo desenvolvimiento de dicha institucion. De igual modo, los jurisconsulos romanos no han expuesto varios principios generales del asunto, sino con ocasion de esta aplicacion especial, como la más ordinaria é importante. Esta restitucion nos aparece bajo las formas más diversas aplicada á toda clase de perjuicio resultante de un acto, de una omision ó de una tolerancia.

Su orígen se refiere á la posicion especial de la juventud romana. Segun antiguos principios de derecho, el que no estaba sometido al poder paterno, permanecía en tutela hasta la edad de la pubertad; pero á partir de esta época, quedaba abandonado á sí mismo, y por consiguiente expuesto á todos los perjuicios que entrañaban la ligereza y la inexperiencia de la juventud. En el trascurso del tiempo se trataron de prevenir estos peligros por medio de diversas insti-

---

(IV, 4), que no presenta como motivo de su decision la solvencia de los curadores. Esta ley, por otra parte, no rehusa la restitucion, la concede, por el contrario, su puesto, que únicamente el adversario sea indemnizado á sus expensas. Sin esta indemnizacion el menor se enriquecería á expensas de otro, y éste no puede ser nunca el resultado de la restitucion. V. § 318, nota *h*.

(*v*) Varios autores admiten equivocadamente esta desviacion, y aun van más léjos, porque enseñan que, segun el derecho nuevo, los menores podían pedir la restitucion, sin consideracion alguna á la existencia ó no existencia de las vias de derecho ordinarias. Göschen, Vorlesungen, I, págs. 537, 538, 557.

(*w*) L. 1, pr., de tut. (XXVII, 3): «Præstando dolum, culpam, et quamtum in rebus suis diligentiam.»

tuciones jurídicas (*a*). Primeramente la ley Plætoria pronunció ciertas penas contra los que se hubiesen enriquecido deslealmente á expensas de un púbero menor de veinticinco años, estableciendo de este modo una demarcacion legal entre la edad de la pubertad (catorce ó doce años), y la edad de veinticinco años (*b*). Mas tarde, siguiendo el espíritu de esta ley, prometió el Pretor á los menores una proteccion mucho más eficaz; me refiero á la restitucion contra todo perjuicio atribuible á su edad, y esta proteccion es la que debe ocuparnos ahora (*c*). Posteriormente, en fin, se estableció para la administracion de los bienes de los menores una curatela general semejante á la tutela de los impúberos, si bien con importantes diferencias respecto á ciertos puntos.

El pensamiento fundamental de la institucion, era, pues, protejer contra sí mismos á los púberos menores de veinticinco años, que ántes gozaban de la disposicion absoluta de sus bienes, evitando por medio de la restitucion las consecuencias desgraciadas que podían resultar para ellos de sus actos ó de sus omisiones (*d*).

Sucesivamente se fué más allá de este fundamental pensamiento y se concedió á los menores la restitucion en casos en que no existía la referida necesidad.

De este modo se extendió dicha restitucion á los impúberos, no por el perjuicio resultante de sus propios actos, pues estos eran nulos de pleno derecho, sino contra el perjuicio resultante de los actos ó de las omisiones de sus tutores (*e*), por más que el motivo que había determinado la aparicion de la restitucion de los menores no fuese de modo

---

(*a*) V. t II, § 111, y Savigny, von dem Schutz der Minderjährigen, Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. t. X, p. 232-297, principalmente páginas 258-261.

(*b*) *Legitima cetas minores,* (XXV annis) y *majores;* minores por oposicion á los impúberos (que están igualmente entre los menores) y á los mayores.

(*c*) La época en que fué introducida esta incertidumbre, es dudosa, pero acaso pueda ser muy antigua.

(*d*) L. 1, pr. de min. (IV, 4): «...quum ínter omnes constet. fragile esse et infirmum hujusmodi ætatum consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium iis Prætor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem.

(*e*) L. 29, pr. § 1; L. 38, pr.; L. 47, pr. de min. (IV, 4). L. 2, 3. 5, C. si tutor, (II, 25). L. 4, 5, C. si acv. rem jud. (II, 29). Esta restitucion se aplica tanto á la administracion propia del tutor como á la *auctoritas* por él conferida.

alguno aplicable á semejantes casos. De igual manera, los púberos menores cuyos bienes se administraban por curadores, obtuvieron el recurso de la restitucion contra los actos de estos (*f*).

En todos estos casos iba mucho más allá de la necesidad primitiva de semejante restitucion (*g*). Y despues del establecimiento de una curatela para todos los menores, esta necesidad había debido en general disminuir sensiblemente.

Pero esto es más verdadero todavía bajo el punto de vista del derecho comun actual. Desde luego existe una sola y única tutela para todos los menores desde la edad más tierna hasta el cumplimiento del vigésimo quinto año, con poderes siempre idénticos y sin distincion entre la tutela y la curatela (*h*). Además, la Magistratura ejerce sobre la tutela de los menores una más ámplia influencia, lo cual les asegura una protéccion de otro género (*i*), que hace inútil el recurso extraordinario de la restitucion.

Si se aprecian sin prevencion alguna todas estas circunstancias nos convenceremos de que la restitucion de los menores no está justificada por el estado actual de cosas. Valdría más para la seguridad de sus intereses reformar el derecho de tutela, que es susceptible de numerosas modificaciones. Acaso debería aumentarse el número de los casos en que el derecho romano protegía *ipso jure* á los menores contra el perjuicio resultante de la omision de ciertos actos (§ 324); entónces no habría lugar á una restitucion propiamente dicha.

§ CCCXXIII.—*Restitucion.—Sus diversas causas.* I. *Menor edad.* (Continuacion).

Cuando se trata de aplicar esta restitucion á determinadas relaciones de derecho es preciso no olvidar principal-

---

(*f*) Todo esto sólo tiene lugar naturalmente cuando el tutor ó el curador es culpable de negligencia, y no cuando un acto de buena administracion entrañe un perjuicio accidental (§ 320, nota *b*). V. Puchta, Vorlesungen, p. 213.

(*g*) Burchardi, p. 260.

(*h*) Savigny, Zeitschrift, t. X, p. 296, 297.

(*i*) Esta influencia se demuestra, tanto en el nombramiento de los tutores, como en la vigilancia de su adminiatracion, principalmente con arreglo al derecho especial de diversos países.

mente que el Juez tiene aquí por necesidad una libertad de apreciacion mucho más grande que en ningun otro motivo de restitucion. En efecto, la sola idea de violencia, de fraude, de error implica ya el carácter defectuoso del acto contra el cual la restitucion se pide. La menor edad, por el contrario, implica ciertamente la posibilidad de que un acto jurídico esté herido de un vicio; pero su existencia tiene necesidad de ser justificada por el exámen de cada uno de los actos controvertidos (§ 320, nota *c*). Es cierto que ya se pida la restitucion por causa de violencia, ya por causa de menor edad, debe probarse el hecho de la violencia, de igual modo que el de la menor edad; pero una vez justificado el hecho de la primera lo está tambien el vicio del acto jurídico que es su consecuencia, miéntras que el hecho de la menor edad no prueba de ningun modo por sí solo que el acto deba ser anulado como obra de la ligereza y de la irreflexion, por más que haya tenido para su autor consecuencias perjudiciales.

Las diversas aplicaciones á las relaciones de derecho de las cosas, del derecho de obligaciones, etc., pertenecen al dominio de las reglas generales más arriba expuestas (§ 319), reglas mucho más explícitas para la menor edad que para los demás motivos de restitucion. No tenemos, pues, que ocuparnos aquí más que de los casos en que se ha creido necesario establecer para los menores prescripciones especiales.

1) El pago, entre otras cosas, puede dar lugar á una restitucion si el que lo recibe disipa ó pierde la suma recibida, por ejemplo, cuando ha sido robada (§ 319, nota *i*). Los deudores de acreedores menores tienen diversos medios para evitar este peligro; pueden pagar á un curador que les inspire confianza ó depositar la suma en un templo. Esto disminuye mucho los azares de una pérdida y de hecho casi excluye la restitucion, pero no la excluye de una manera absoluta (*a*). Justiniano añadió una precaucion nueva, ordenando que no se hiciera el pago del capital hasta que un tribunal hubiese reconocido la deuda, en cuyo caso, los deudores podían quedar libres ciertamente (*b*). Comun-

(*a*) L. 7, § 2, de min. (IV. 4); L. 1, C. si adv. solut. (II. 33).
(*b*) L. 25, C. de admin. (V, 37), § 2, J. quibus alienare (II. 8).

mente se ha creido que esta ley habia modificado el antiguo derecho y pronunciado la exclusion absoluta de la restitucion (*c*); pero la opinion carece de fundamento, la nueva formalidad daba á los deudores una garantía más contra los peligros de pérdida y la necesidad de la restitucion desaparecía por sí misma (*d*).

2) Encontramos especialmente mencionado el caso en que el acreedor de un menor vende una prenda constituida, no por el menor, sino por aquel de quien éste es heredero. Entónces el menor tiene todo lo más una accion, ya contra el vendedor, ya contra su curador, segun las circunstancias particulares del caso; pero no hay restitucion contra el comprador, y por punto general, no puede reclamar contra este último sino á ménos que sea cómplice en el fraude verificado por medio de la venta (*e*). Equivocadamente se ha visto en esta regla una excepcion positiva de la materia de restitucion de los menores y una modificacion del antiguo derecho (*f*). En primer lugar, no hay aquí ninguna excepcion positiva; pues la restitucion se refiere exclusivamente á los actos de los menores ó de sus representantes, y la venta de que aquí se trata no es obra del menor, sino del acreedor, el cual ejercita su propio derecho. Además, no se podría justificar que haya cambiado sobre este punto el antiguo derecho (*g*).

3) He aquí un caso que merece una particular atencion aquel en que la menor edad se combina con la dependencía del menor, es decir, cuando se trata de una restitucion con-

(*c*) Burchardi, p. 248.

(*d*) Göschen, Vorlesungen, I, p. 557. Puchta, Pandekten, § 103, nota *i*, y Vorlesungen, p. 213, están en el fondo de acuerdo conmigo. Es verdad que considera la ley de Justiniano como una modificacion introducida en el antiguo derecho; pero la formalidad establecida por esta ley, era en efecto una medida nueva destinada á acrecentar la seguridad de los menores.

(*e*) L. 2, C. si adv. vend. pign. (II, 37); L. 2, C. de præd fisc. (V, 71).

(*f*) Burchardi, p. 229, 249, 250.

(*g*) En este sentido se ha invocado el siguiente texto (Paulo, I, 9, § 8): «Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, *si non ita, ut oportuit, a acreditore distractæ sunt*, restitui in integrum potest.» Pero nada nos obliga á entender por esto el perjuicio resultante de una venta demasiado barata. El *non ita ut oportuit* se refiere más bien á la omision de la venta de la prenda, y por consiguiente el derecho á la restitucion no es de modo alguno dudoso.

tra los actos de un hijo menor sometido al poder paterno ó contra los actos de un esclavo, tambien menor de edad.

Para el caso del poder paterno existe una sencilla y absoluta regla: el menor debe ser restituido contra todos los actos que le causen perjuicio, sin que la restitucion pueda nunca aprovechar al padre (*h*). De este modo, cuando un menor descuida adquirir ó repudia una propiedad que segun los principios generales del derecho hubiera debido volver á su padre, es inadmisible la restitucion (*i*). El menor, por el contrario, puede ser restituido cuando rehusa un legado ó una sucesion que deba volver á él despues de la muerte de su padre, y tambien cuando rehusa un derecho puramente personal, fuera de los bienes ordinarios, tal como el legado de un *jus militiœ (k)*. Lo mismo sucede si descuida adquirir ó enajena un bien que debiere formar parte del *peculio castrense*. Cuando despues de la muerte del menor vuelve al padre un bien de tal naturaleza puede este reclamar la restitucion á que tenía derecho su hijo, de igual manera que un heredero verdadero (si bien aquí no tenía ciertamente el padre esta cualidad) puede obtener la restitucion que pertenecía al menor, su causante (*l*).

La mujer casada sometida al poder paterno tiene la espectativa de la propiedad de su dote despues de la disolucion del matrimonio, ora haya cesado el poder paterno en esta época, ora hubiera rehusado su concurso para el ejercicio de la accion dotal en tanto que viviese su padre. Ahora si durante el matrimonio otorgaba el padre, con el concurso de esta mujer, una estipulacion que tuviese por objeto la vuelta de la dote á ella misma, se convierte el derecho á dicha dote en un crédito ordinario, lo cual excluye toda es-

(*h*) L. 3, § 4; L. 23, de min. (IV, 4).

(*i*) L. 38, § 1, de min.

(k) L. 3, § 7, 8, de min. (IV, 4). El *jus militiœ* era un derecho anormal que tenía per objeto el entretenimiento de la vida (V. sobre esta clase de derechos, t. I, § 72).

(*l*) L. 3, § 9, 10, de min. (IV, 4), Este texto es un poco oscuro porque expone primero la aplicacion especial (sacada de Pomponio) y despues el principio general que justifica esta aplicacion. Cuyacio in L, 6, de in int. rest. Opp. t. I, p. 59).—Por no haber comprendido este encadenamiento lógico atribuye Burchardi, p. 240, al padre un derecho cuasi-sucesorio sobre el peculio ordinario lo cual es completamente estraño á la naturaleza de este peculio.

pectativa en la mujer. Así, pues, el consentimiento dado por ella contiene la enajenacion eventual de un derecho que le es propio y contra esta enajenacion la mujer menor puede hacerse restituir *(m)*.

Cuando un menor sometido al poder paterno contrae una deuda puede ser perseguido ya durante la exisiencia, ya despues de la disolucion del poder paterno (*n*). Pero el padre puede serlo tambien principalmente en virtud de la *actio quod jussu* si ha encargado al hijo recibir la suma prestada, ó en virtud de la *actio de peculio* si existe un peculio (*o*). Segun la regla más arriba sentada, el hijo perseguido por el acreedor puede hacerse restituir; mas para el padre no cabe restitucion contra la *actio quod jussu* ó *de peculis* (*p*).

Estos principios son tenidos por verdaderos por la generalidad de los autores; varios, sin embargo, admiten la siguiente excepcion. El hijo menor que contrae un préstamo con el consentimiento de su padre no tiene derecho á la restitucion. Esta excepcion no es de ningun modo fundada *(q)*.

La segunda cuestion, la relativa al esclavo menor, se resuelve de una manera muy sencilla. El esclavo, ya durante la existencia de la esclavitud, ya despues de la manumision, no queda nunca obligado por sus contratos anteriores á dicha manumision. La falta de interés hace, pues, la restitucion inútil. Cuando el señor es el que se obliga no puede hacerse restituir más que por el padre obligado por los contratos de su hijo menor *(r)*.

En un solo caso podía cuestionarse sobre la restitucion de un esclavo menor y entónces se concedia efectivamente. Véase el caso. Cuando un esclavo era inducido á ejecutar un acto que comprometiese la ejecucion de un fideicomiso

---

(*m*) L. 3, § 5, de min. (IV, 4).
(*n*) V. t. I. p. 304, 305.
(*o*) L, I, quod cum eo (XIV, 5).
(*p*) L. 3, § 4, de min. (IV, 4).—Segun la opinion más antigua de Gayo el padre tenía derecho igualmente á la restitucion, como interesado en el peculio: L. 22, pr., eod. V. Göschen, Vorlesungen, 1, p. 552. Tambien Ulpiano en la L. 3, cit. á la antigua divergencia de opiniones.
(*q*) Los textos en virtud de los cuales se prenten le establecerla son la L. 3, § 1, de min. (IV. 4) y la L. 2, C. de fil. fam. min. (II, 23). La discusion de esta cuestion se encuentra en el apéndice XVIII, al final de este volúmen.
(*r*) L. 3, § 11; L. 5, de min. (IV, 4).

de donde dependiera su libertad, podía ser restituido contra semejante acto (*s*).

§ CCCXXIV.—*Restitucion.—Sus diversas causas.*—I. *Menor edad.—(Continuacion).*

Hay muchos casos en que los menores no tienen derecho á la restitucion; estos casos son de naturaleza muy diversa y algunas veces absolutamente contraria.

La restitucion es con frecuencia absolutamente inútil para los menores, por estar garantidos *ipso jure* contra el perjuicio que experimentaría un mayor. He aquí diferentes casos de esta especie:

1) La prescripcion de una accion perteneciente á un menor cuando esta prescripcion es de menos de treinta años (*a*).

2) En principio, la *mora* resulta de la advertencia hecha por el acreedor. Sí, pues, un acreedor menor olvida esta formalidad, debería ser restituido contra semejante omision; pero no lo es porque su deudor se constituye en mora *ipso jure* (*b*).

3) La enajenacion de ciertas clases de inmuebles hecha sin un decreto de la autoridad judicial, por ser esta enajenacion nula en sí (*c*).

Algunas veces, por el contrario, no existe para los menores ningun recurso, ni aun el de la restitucion, de manera que han de soportar inevitablemente el perjuicio.

A) Los menores de veinticinco ó de diez y ocho años, segun su sexo, pueden ser declarados mayores por un decreto del soberano (*d*). Este decreto tiene por efecto directo y principal emancipar á los menores de la tutela y darles la libre administracion de sus bienes, por cuya causa el estudio especial de esta institucion pertenece á la teoria de la

---

(*s*) L. 5, de min. IV, 4).

(*a*) L. 5, C. in quib caus. (II 41). Ninguna restitucion es admitible contra la prescripcion de treinta años, V. t. II. p. 437-440.

(*b*) L. 3, C. in quib. caus. (II, 41).

(*c*) L. 11, C. de præd. (V, 71): L. 2, C. de fil. min. (II, 42) Segun estos mismos textos la enajenacion hecha por semejante decreto es susceptible de la restitucion ordinaria.

(*d*) L. 2, C. de his qui ven. (II, 45).

tutela. En este lugar me limito á advertir que los menores dejan de gozar de la restitucion por todos sus actos posteriores al decreto *(e)*. Esta disposicion no se implica de ningun modo por sí misma y es de una naturaleza enteramente positiva, pues hubiera podido asimilarse este caso á aquel en que el menor, ántes de haber obtenido la *venia ætatis* obra con el consentimiento de su curador y puede sin embargo hacerse restituir. Se admite la restitucion contra la obtencion de la *venia ætatis*, pues la demanda se remonta á una época en que la menor edad existía sin modificacion alguna *(f)*.

B*)* Cuando ha sido confirmado un acto jurídico por el juramento y este es regular en la forma, el menor no puede hacerse restituir contra este acto *(g)*.

C) El menor que se finge fraudulentamente mayor no obtiene restitucion contra el acto verificado bajo la fé de esta declaracion *(h)*. Esta prescripcion es una consecuencia de la regla general más arriba sentada respectiva á que no es admisible ninguna restitucion contra los fraudes cometidos por menores en los actos jurídicos (§ 321, nota *h*).

El simple error del adversario sobre la edad del menor, aunque de este error participe el menor mismo no es obstáculo para la restitucion *(i)*. Pero si el menor ha afirmado su mayoría bajo juramento, aunque lo hubiera hecho de buena fé, resulta inadmisible la restitucion *(k)*.

D*)* No hay restitucion para los menores contra las prescripciones de treinta años y las que excedan de esta fecha (nota *a*).

No debe creerse que la restitucion de los menores esté excluida por la aprobacion que la autoridad judicial dé á un

---

(e) L. 1, C. eod. La *venia ætatis* no hace cesar la prohibicion de la venta sin decreto (nota *c*); L. 3, C. eod.

(f) L. 1, C. eod.

(g) V. § 309, nota g. Las condiciones exigidas para la validez del juramento de los menores son la pubertad y la anuencia de coaccion.

(h) L. 2, 3. C. si minor. (II, 43).

(i) L. I, 3, 4, C. si minor. (II, 43).

(k) Es una consecunencia de la excepcion general más arriba sentada. Antiguamente se hacía la siguiente distincion: el juramento oral sobre la mayoría, excluia absolutamente la restitucion; si el juramento era escrito, la menor edad podía probarse por documentos (no por testigos). L. 3, C. di minor. (II, 43).

acto jurídico. De hecho la restitucion será casi siempre excluida en vista de la ausencia de una lesion que pueda atribuirse á la inexperiencia de la juventud (*l*); pero en principio, la aprobacion que á un acto puede dar la autoridad judicial no impide la restitucion. Vemos tambien admitida la restitucion contra la venta de un inmueble aprobada por un tribunal (nota *c*), contra la *venia œtatis* (nota *f*) y contra el pago de una deuda judicialmente reconocida (§ 323, nota *d*).

Más tarde fué extendida por la ley la restitucion de los menores á los siguientes casos.

Este privilegio importante fué primeramente concedido á los *respublicœ* (*m*), es decir, á todas las corporaciones políticas, á todas las municipalidades de las ciudades, lo cual, segun nuestra constitucion comprende tambien las villas (*n*).

Fué despues concedida á las corporaciones religiosas, á las iglesias y á los monasterios (*o*).

Diversos autores admiten ademas extensiones numerosas que suscitan graves objeciones. Pretenden que la restitucion de los menores se extiende á todas las corporaciones en general y principalmente al fisso, y además á los locos, á los pródigos y á otras personas sometidas á tutela. Esta doctrina ha sido adoptada frecuentemente por la práctica (*p*). Tiene por base el principio abstracto de que la restitucion de los menores corresponde á todos aquellos cuyos intereses se hallan confiados á manos extrañas. Pero si se recuerda que la restitucion de los menores ha sido establecida en vista de sus propios actos, que su aplicacion á los actos de sus representantes no ha dado nunca buenos resultados (§ 322), nos convenceremos de que estas nuevas extensiones no deben ser admitidas. Su admision, respecto

---

(*l*) De este modo es preciso entender la L. 7, § 2, de min. (IV, 4).

(*m*) L. 4, quib. ex caus. (II, 54). «Respublica minorum jure uti solet ideoque auxilium restitutionis implorare potest.» V. L. 9, de appell. (XLIX, 1); L. 3, C. de j. reip. (XI, 29); L, 1, C. de off. ejus (I, 50).—Burchardi, p. 257.

(*n*) Burchardi, p. 261.

(*o*) Las iglesias, C. 1, 3, X, de int. res. (I, 41). Los monasterios, C. 6, eod, C. XI, de reb. ecl. (III, 13.

(*p*) Glück, t. VI, § 465, y los autores citados por él y por Buchardi p. 259, 263. Göschen, § 188 y Puchta, § 103, nota (*o*), reconocen esta práctica sin decidirse sobre su mérito.

á las corporaciones políticas y religiosas, es un favor especial, cuya extension por via de abstraccion á otros casos debe ser completamente rechazada. La práctica fundada en una teoría tan falsa no podría, pues, legitimar el principio que combato.

La condicion de las corporaciones, de los locos, de los pródigos tiene una analogía mucho más real con la condicion de los ausentes que con la de los menores. Volveré sobre este asunto con motivo de la restitucion de los ausentes *(q)*; y como su aplicacion se halla en general encerrada en límites mucho más estrechos, su extension presenta tambien menos inconvenientes.

§ CCCXXV.—*Restitucion.—Sus diversas causas.—* II. *Ausencia.*

Las reglas principales sobre que descansa este motivo de restitucion, motivo que abraza muy diversos casos, son las siguientes;

I) El que durante su ausencia omite verificar un acto y experimenta una pérdida en sus derechos debe ser restituido.

II) El que á causa de la ausencia de otro está impedido de verificar un acto y experimenta una pérdida en sus derechos debe ser restituido *(a)*.

Pero estos dos casos recibieron extensiones por asimilacion de diversas circunstancias semejantes. Algunas se mencionan ya expresamente en el Edicto del pretor, otras han sido añadidas por los jurisconsultos ó por la práctica de los tribunales, pero fundándose siempre en una cláusula general del edicto que prevee estas extensiones. Designo estos diferentes casos, bajo la denominacion general de ausencia, por figurar la ausencia en primera línea en el Edicto y ser realmente la base fundamental á la cual se refieren los demás casos por vía de analogía. *Absentia* es igualmente la denominacion general dada por Ulpiano y Paulo á

(q) V. más adelante al final del § 328.

(a) Se encuentra la misma clasificacion en los textos de Ulpiano, L. 1. pr.: L. 21, pr., ex qu. c. (IV, 6).

este caso de restitucion (*b*). Otros textos del derecho romano mencionan con frecuencia esta restitucion bajo el nombre de *restitutio majorum*, y el título del Digesto que trata de esta materia tiene por inscripcion: Ex quibus causis *majores XXV annis* in integrum restituuntur. Segun esto podría creerse que además de la restitucion de los menores había otra de mayores, puesto que las restituciones por causa de violencia, de fraude y de error se conceden sin tener en cuenta la edad y podrían, de igual modo que la de los ausentes, llamarse *restitutiones majorum*. Semejante hecho tiene su explicacion. En tiempo de los antiguos jurisconsultos cuyos escritos han suministrado la mayor parte de los materiales del Digesto, los tres restantes casos de restitucion más arriba enumerados ocupaban un lugar tan secundario (§ 320) que haciendo un resúmen de la institucion podía hablarse solamente de la menor edad y de la ausencia como de los dos únicos casos que tienen un interés práctico (*c*).

Esta clase de restitucion es por su naturaleza mucho más restringida que la de los menores; pues esta tiene aplicacion á las omisiones perjudiciales mientras que la restitucion de la menor edad abraza, además de las omisiones, todos los actos que pueden causar un perjuicio, principalmente los actos jurídicos.

El texto del Edicto referente á esta institucion fué insertado en el Digesto (*d*). Su sentido ha sido oscurecido por muchas lecciones viciosas, pero principalmente por la embarazosa construccion de una proposicion muy larga que se descompone en tres proposiciones particulares, reunidas por una conclusion comun. La primera de estas tres pro-

---

(*b*) L. 1, de in int. rest. (IV, 1); Paulo, I, 7, § 2.

(*c*) Burchardi, p. 148, explica, por el contrario, este punto de vista de los antiguos jurisconsultos diciendo que, en el origen y durante largo tiempo, la ausencia y la menor edad fueron los únicos motivos de restitucion.

(*d*) L. 1, § 1, ex quib. caus. (IV, 6). Volveré sobre las diversas partes de esta ley y daré su explicacion. Burchardi. (V. § 320, nota *l*) pretende equivocadamente que tenemos aquí una redaccion nueva y enteramente diversa de la primitiva. El Edicto, tal como lo poseemos, puede ser quizás muy antiguo; puede remontarse á los tiempos de la república: únicamente la mencion hecha al fin de los *decreta principum*, habría sido posteriormente añadida.

posiciones contiene la proteccion concedida á los ausentes; la segunda, la proteccion concedida contra los ausentes; la tercera, una *generalis clausulæ* aplicable á los dos precedentes casos. Despues de las dos primeras proposiciones vienen estas palabras que se refieren tanto á una como á otra: «*earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit.*» Despues de la tercera se encuentran las siguientes palabras aplicables á todo lo que precede: «in integrum restituam,» que completan el sentido del texto, hasta aqui en suspenso. Sigue, por último, una restriccion que versa únicamente sobre la *generalis clausulæ*.

Despues de haber explicado de este modo la division general del texto voy á transcribir las tres proposiciones particulares de que se compone:

1) *Si cujus quid de bonis deminutum erit* (e) *eum his metu, aut sine dolo malo reipublicæ causa abesset; inve vinculis servitute* (f), *hostiumque potestate esset; sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur* (g).

2) *Item si quis quid usu suum fecisse* (h), *aut quod non utendo sit amissum* (i), *comentus esse, actio neve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, eum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secum re agendi potestatem non faceret; aut cum eum invitum in jus vocare non liceret neque defenderetur eumve magistratus de ea re appelatus esset sive*

(e) Las palabras *deminutum erit* faltan en el manuscrito de Florencia, pero se encuentran en antiguas ediciones y algunos manuscritos (*diminutum, diminutum est* ó *erit*), y son indispensables para el completo sentido; designan una pérdida de la propiedad, por ejemplo la que resulta de la usucapion, lo cual contrasta con otro caso mencionado al final, el de una accion prescrita.

(f) Estos dos casos (*vincula* y *servitus*) no se refieren á la ausencia sino á circunstancias que, de igual modo que la ausencia, traen la imposibilidad de evitar el perjuicio.

(g) Deben sobreentenderse aquí las siguientes palabras que vienen más adelante: *earum rerum actionem*, etc..., *in integrum restituam*.

(h) El manuscrito de Florencia dice *fecisset*; la leccion de Haloander *fecisse*, se recomienda por la simplicidad de la construccion, pues este verbo, de igual manera que «consecutus *esse*» y «solutus (*esse*)» se encuentran regidos por el *dicetur* que precede. Una proposicion nueva comienza con: «aut cum eum invitum» y termina por: «esse dicetur.»

(i) La leccion del manuscrito de Florencia, *amisit* es enteramente inadmisible, pues confunde al que gana y al que pierde. La leccion, «sit amissum» (Haloander, *amissum sit*) se halla confirmada por la L. 21. pr. eod.

cui per magistratus (k) sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur (l) earum rerum actionem intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit.

3) *Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur in integrum restituam (m); quod ejus per leges, plebiscita senatus consulta, Edicta, Decreta principum licebit (n).*

Daré la interpretacion detallada de este texto, indicando primero los numerosos casos comprendidos en dicho motivo de restitucion y despues las clases de lesion que se tratan aquí de impedir. Mas en la enumeracion de los casos de restitucion invertiré el órden del Digesto y hablaré primero de la *generalis clausula* y despues de los dos casos principales de que nuestro texto se ocupa.

Los términos del edicto relativos á la *generalis clausula* (*o*) son tan generales que muchos autores modernos han creido que el Pretor se reservaba la ilimitada facultad de conceder la restitucion siempre que lo juzgase conveniente. Esta interpretacion ha introducido en la práctica moderna una arbitrariedad muy peligrosa, y debe ser completamente rechazada, pues el sentido que resulta del conjunto del texto es sin duda alguna que el Pretor concederá la restitucion en los casos más afines con los expresamente nombrados, tales como la ausencia, etc. El Pretor se reserva, pues, únicamente entender de las reglas que él mismo ha fijado segun las leyes de una analogía verdadera y real. Esta explicacion es precisamente la adoptada por los antiguos jurisconsultos en sus comentarios sobre el Edicto (*p*).

(*k*) El *pro magistratu* del manuscrito de Florencia no dá sentido alguno. La leccion de Haloander *per magistratus* se encuentra confirmada por la L. 26, § 4, eod.

(*l*) Estas palabras rigen todo lo que precede á partir de: *aut cum eum* (nota *h*).

(*m*) Las palabras *in integrum restituam* se refieren á las tres partes de que se compone el texto. Este encadenamiento ha escapado á Schröter, p. 100, 109. Su interpretacion necesitaría despues de las palabras: *experiundi potestas erit,* un *dabo* que no se encuentra en ninguna parte.

(*n*) Esta restriccion se refiere á la *clausula* indeterminada y muy comprensiva con la que tenga directamente una relacion directa. Su contenido se comprende por sí mismo y es igualmente verdadero para las proposiciones que preceden.

(*o*) La frase *generalis clausula* y simplemente *clausula* se encuentra en las L. 26, § 1, 9; L. 33, pr., ex qu. c. (IV, 6).

(*p*) V. los textos citados en la nota precedente.

Si en virtud de las numerosas aplicaciones de este motivo de restitucion que, para abreviar, designamos bajo el nombre de *ausencia*, tratamos de sacar por vía de legítima abstracion el principio general que le sirve de base, veremos que se concede la restitucion siempre que resulte la pérdida de un derecho, de un obstáculo exterior que haya impedido al titular verificar los actos necesarios para la conservacion de este derecho (*q*). La ausencia del titular mismo, de igual manera que la ausencia del adversario que ocasiona la pérdida del derecho, son los casos principales en que este obstáculo exterior puede presentarse. Un gran número de otros casos, más ó ménos semejantes á la ausencia se colocan exactamente en la misma línea.

Determinado el principio general sobre el que descansa este motivo de restitucion, nos resta examinar los diferentes casos en que encuentra aplicacion. Segun el sentido fijado anteriormente de la *generalis clausula*, pueden estos referirse á dos clases:

Proteccion de los ausentes contra otras personas.

Proteccion de otras personas contra los ausentes.

A estos dos casos deberán referirse todos los de la *generalis clausula*, mencionados por los jurisconsultos romanos.

§ CCCXXVI.—*Restitucion.—Sus diversas causas.—Ausencia.* (Continuacion).

Proteccion de los ausentes contra otras personas.

Enumeraré ante todo los diversos casos especificados en el Edicto, é indicaré despues los casos deducidos de la *generalis clausula*.

I) Metu absentes (*a*).

Esta denominacion se aplica á los que han abandonado su domicilio por el temor fundado de un peligro sério. Las reglas detalladas establecidas para la *actio quod metus cau-*

(*q*) Este principio ha sido ya establecido por los siguientes autores: Burchardi, p. 152, 183, 191; Franke, Beiträge, p. 73; Göschen Vorlesungen, I, § 193.

(*a*) L. 1, § 1; L. 2. § 1; L. 3; ex qu. c. (IV, 6).

sa son evidentemente aplicables á la determinacion de este caso.

II) Reipublicæ causa sine dolo malo absentes (*b*).

Este caso es el más importante de los que aquí nos ocupan, y quizás sea el que haya dado lugar á la redaccion del Edicto sobre la restitucion.

En la mayor parte de las reglas del derecho la palabra *respublica*, designa una municipalidad y frecuentemente por oposicion á la república romana, pero aquí designa la república, el estado romano, bajo su forma pura y antigua, de manera que rigurosamente no se aplica á las ciudades (*c*), ni á los nuevos poderes creados por la autoridad imperial (*d*); el comprenderlos bajo este motivo de restitucion es en virtud de una extension natural y equitativa fundada en la *generalis clausula*.

Aquí tiene en cuenta el pretor los soldados en servicio activo (*e*), de igual manera que los funcionarios civiles de cualquiera especie (*f*) que no se hallen en Roma, pues en este caso no serían considerados como ausentes (*g*).

Pero el pretor excluye formalmente los servidores del Estado ausentes *dolo malo*, es decir, los que invocan su cualidad como un simple pretexto, cuando en realidad no los impide este servicio el cuidado y gestion directa de sus propios intereses (*h*). Los antiguos jurisconsultos trataron además de determinar rigurosamente cuándo comienza y acaba la ausencia que permite á los soldados y á los funcionarios obtener restitucion (*i*).

III) Qui in vinculis sunt (*k*).

Por ellos es preciso entender los que se encuentran privados de su libertad, encadenados ó simplemente deteni-

---

(*b*) L. 1, § 1, cit.
(*c*) L. 26, § 9, eod.
(*d*) Así, el *fisci patronus*, L. 33, pr. eod. Como tambien las diferentes clases de *procuratores Cœsaris*; L. 35, § 2, eod.
(*e*) L. 45, eod.
(*f*) Acerca de las personas comprendidas en esta designacion, véase L. 33, § 1, 2; L. 34, § 1; L. 35, pr., § 3, 5; L. 38, pr., eod.
(*g*) L. 5, § 1; L. 6, eod. Los soldados de guarnicion en Roma tenían por el contrario los mismos privilegios que los ausentes. L. 7, eod.
(*h*) L. 1, § 1; L. 4; L. 5, pr.; L. 36, eod.
(*i*) L. 32; L. 34, pr.; L. 35, § 7, 8, 9; L. 37; L. 38, § 1, eod.
(*k*) L. 1, § 1; L. 9, 10, eod.

dos, ya por el Estado, ya por un Magistrado municipal, ya por un particular poderoso, ya en fin, por ladrones. Tenían necesidad de una mencion especial; porque pueden ser detenidos en el lugar de su domicilio y entónces, sin ser ausentes, se encuentran en la misma situacion que éstos sin poder velar por la conservacion de sus derechos.

IV) Qui in servitute sunt (*l*).

Bajo esta denominacion se comprenden tambien los hombres libres que se encuentran en una servidumbre de hecho, ya por una voluntad arbitraria é injusta, ya por un error sobre su condicion verdadera. Era necesario mencionarlos especialmente por el motivo ántes expuesto.

V) Qui in hostium potestate sunt (*m*).

No se trata aquí de los soldados prisioneros de guerra; pues ántes de ser hechos prisioneros estaban en el servicio y por consiguiente comprendidos ya en los términos del Edicto como *reipublicæ causa absentes*. Esta mencion especial se aplica á las personas civiles prisioneras del enemigo que hubiesen invadido el territorio romano.

A estos diversos casos enumerados en el Edicto añadieron los jurisconsultos Romanos los siguientes, por aplicacion de la *generalis clausula* y algunas veces tambien con indicacion de este motivo.

1) Las mujeres de los soldados que participan de la ausencia de sus maridos (*n*). Esta disposicion debe extenderse á todos los miembros de su familia, como tambien á la familia de los funcionarios civiles.

2) Los que son diputados cerca del emperador por una ciudad, ó encargados de una mision relativa á los intereses municipales *(legati civitatum)* (*o*).

3) Los procuradores del emperador y los empleados del fisco (nota *d*).

4) Los que salen de su domicilio para estudios científicos *(studiorum causa)* (*p*).

(*l*) L. 1, § 1; L. 11, 12, 13, eod.
(*m*) L. 14; L. 15, pr., § 1, eod.
(*n*) L. 12, C. de ux. mil. (II,52).
(*o*) L. 8, L. 26, § 9; L. 35, § 1; L. 42, ex qu. c. (IV, 6); L. 1, C. eod. (III, 54).
(*p*) L. 28, pr., eod.

5) Los que se obligan por contrato y prestan caucion de no abandonar un lugar determinado distinto del de su domicilio (q).

6) Los condenados á destierro en un lugar extranjero (r).

7) Los hijos no nacidos (s). Tienen estos necesidad de una especial proteccion, porque puede una sucesion corresponderles en una época en que no tuviesen todavía tutor.

8) El que teniendo derecho á una servidumbre la pierde por no uso, ya por haberse agotado la fuente de una manesa temporal, ya porpue una inundacion accidental haya hecho impracticable el camino. Esto es tambien aplicable á las acciones posesorias perdidas por iguales motivos (t).

9) El heredero testamentario pierde su derecho á la sucesion por no haberse abierto el testamento antes del plazo fijado por el *S. Silanianum* (u).

§ CCCXXVII.—*Restitucion.—Sus diversas causas.* II. *Ausencia.* (Continuacion).

Sobre los casos de restitucion de que acabo de hablar se suscitan dos cuestiones que exigen una especial discusion.

La primera de estas cuestiones versa únicamente sobre los casos de ausencia propiamente dichos. Si nos remontamos á las causas de la ausencia nos ofrecen un doble contraste. Bajo este concepto la causa de la ausencia puede ser necesaria ó arbitraria, laudable ó vituperable, ó tambien indiferente, lo cual daría lugar á una distincion nueva.

El caso principal que sirve de base á la institucion, la ausencia por causa de servicio público, nada tiene de embarazoso; es á la vez necesario y loable. En virtud de esta afirmacion podría creerse que para aplicar este motivo de res-

---

(q) L. 28, § 1, pr., eod.

(r) Podía ser *relegati* (que conservan sus bienes) ó *deportati* (cuyos bienes se confiscaban de ordinario). L. 26, § 1; L. 40, § 1, eod. Se dice de los primeros que no obtienen la restitucion sino *ex causa*, y de los segundos que no la obtienen sino cuando se les han conservado por excepcion sin bienes, y sólo despues de la obtencion de la gracia.

(s) L. 45, pr., eod.

(t) L. 34, § 1; L. 35, de serv. pr. rust. (VIII,3); L. 14, pr., quemad. ser. (VIII,6); L. 1, § 9, de itin (XLIII,9).

(u) L. 3, § 30, 31, de Sc. Silan. (XXIX, 5).

titucion, debiera reunir siempre este doble carácter; los jurisconsultos romanos, en efecto, hacen constar frecuentemente la necesidad (*a*) ó la moralidad de la ausencia (*b*). Pero vemos que los condenados á destierro tienen tambien derecho á la restitucion (§ 326, nota *r*), y sin embargo, la causa de su ausencia es un delito, es decir, una causa esencialmente censurable.

Segun esto, podría distinguirse entre la ausencia necesa- y la arbitraria: en el primer caso, conceder la restitucion sin condiciones; en el segundo, si la ausencia tiene una causa laudable. Pero semejante tentativa no dá ningun resultado satisfactorio. En efecto, ¿qué límite ha de servir de tipo para declarar una causa laudable? El mérito que se concede á un viaje emprendido con un fin científico (nota *b*), no existe para el viaje de un artesano el cual, sin embargo, tiene tambien derecho á la restitucion (*c*), y un simple viaje de placer puede al mismo tiempo servir para instruirse. Se debería, pues, admitir al lado de los motivos laudables, motivos por lo ménos indiferentes, y la distincion sólo serviría para excluir la restitucion si la causa de la ausencia era evidentemente censurable, como por ejemplo, cuando alguno emprende un viaje para robar, para engañar ó ejercitar el oficio de jugador. Los casos en que semejantes motivos pudieran ser probados son tan raros que la distincion reducida á semejantes términos no tiene ningun valor práctico.

Si se examina imparcialmente el conjunto de estas circunstancias nos convenceremos de que es preciso renunciar á todas las distinciones fundadas en la causa de la ausencia. Los textos de los antiguos jurisconsultos más arriba citados (notas *a*, *b*), se explican entónces por la naturaleza arbitraria de esta institucion. Significan sencillamente que haciendo aplicacion en cada caso de la *generalis clausula* concederá el pretor la restitucion tanto más fácilmente cuanto más necesaria ó laudable le parezca la causa de la ausencia.

(*a*) L. 26, § 9, ex qu. c. (IV, 6): «Et generaliter quotiesqunque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet, ei subveniendum.»

(*b*) L. 18, pr., eod. «Nec non et si quis de causa probabili abfuerit... puta studiorum... ne decipiatur per justissimam absentiæ causam.»

(*c*) L. 57, mandati, (XVII, 1).

La segunda cuestion se extiende más allá de los casos de ausencia propiamente dichos. Esta clase de restitucion se ha establecido para protejer á los que no se encuentran en situacion de sostener sus derechos por sus propios actos. Pregúntase ahora en qué caso resultará inútil el recurso artificial de la restitucion cuando no hayan podido conservar sus derechos por los actos de un representante.

Los autores modernos difieren en sus opiniones sobre este punto, sin que pueda acusárseles por ello en atencion á que en esta materia las decisiones de las fuentes ofrecen grande incertidumbre. Procuraré encerrar la cuestion dentro de sus justos límites. Las fuentes del derecho distinguen *el defensus* (ó *qui habet procurutorem*), y el *defensus* (*qui procuratorem non habet*). Por *defensus* debemos entender ciertamente no sólo aquel cuyos intereses están amparados por un procurador inteligente, sino tambien á aquel que ha podido defenderse *(d)*; si el procurador es negligente contra él procede ejercitar el recurso, que se intenta en la mayoría de los casos por medio de la *mandati actio*. Del mismo modo puede considerarse al *defensus* que pudiendo constituirse un procurador olvida hacerlo (*e*), porque la pérdida del derecho no resulta de la ausencia, sino de esta negligencia, y por tanto la restitucion falta á una de sus condiciones esenciales (320, nota *d)*.

Segun las explicaciones que anteceden podríamos distinguir dos clases de personas lesionadas: los *Indefensi*, es decir, aquellos que no tienen procurador sin que se les pueda censurar esta falta *(f)*, y los *Defensi* los que tienen un procurador ó no se ven necesitados de él. Las personas comprendidas en la primera clase tienen evidentemente derecho á la restitucion; la duda estriba sólo en las de la segunda, en los *Defensi*.

(*d*) L. 39, ex qu. c. (IV, 6): «...si procuratorem reliquerit., par quem defendi potuit.»

(*e*) L. 26, § 1, eod. «quia *potuit* procuratorem constituere.» L. 20, pr. de min. (IV, 4): non deberi prorogari tempus... quia abfuit, quum *potuit* adire Prætorem per procuratorem.»

(*f*) Así, por ejemplo, cuando el procurador que ellos han nombrado muere durante su ausencia, L. 28. pr. ex qu. c. (IV, 6): «...forte procuratore suo defuncto.» L. 57, mandati, (XVII, 1).

Con respecto á estos vemos establecido como principio general que no tienen derecho á la restitucion (*g*). De otra parte, un texto (*h*) dice expresamente que los delegados de una ciudad tienen derecho á este beneficio, sea que hayan constituido un procurador, ya sea que no lo tuvieren; hecho que, sin razon alguna, ha sido considerado como un privilegio especial de dichas representaciones (*i*). No podían ciertamente aspirar á ser de mejor condicion que los servidores del Estado, como son de otra parte colocados en absoluto en la misma línea (*k*). Vemos, además, una decision parecida aplicada á los prisioneros de guerra, áun cuando sus bienes son administrados por procuradores de reeleccion (*l*); y los desterrados quizá ciertamente deben constituir procuradores, y que si han descuidado hacerlo deben ser restituidos *ex causa* (*m*).

Acerca de esta cuestion, como acerca de la primera, la referencia de testimonios diversos nos deja en la misma incertidumbre, pero nos muestra una tendencia constante á dulcificar el rigor del derecho.

Sólo para un caso posible de lesion, que en verdad tiene una naturaleza de todo punto especial, encontramos reglas más precisas. Cuando la lesion resulta, no de una omision tal como la falta de interrupcion de una usucapion, sino de una sentencia, hé aquì los principios que se siguen. El *Indefensus* es siempre restituido (*n*), ofreciendo esto tantos menores inconvenientes cuanto que semejante sentencia se pronuncia siempre por falta. En cuanto al *Defensus* se le distingue expresamente del menor, quien en parecidas circunstancias, obtiene siempre la restitucion, estuviere ó no representado (§ 319, nota *s*). Al *Defensus* ausente no se le restituye contra el contenido de la sentencia; pero si se ha

---

(*g*) L. 39, ex qu. c. (IV, 6) y precisamente los *reip. causa absentes*. Muchos autores han creido que este texto habla no de la proteccion con los ausentes, sino de la que se daba contra estos Burchardi, p. 170, rechaza con fundamento semejante violenta interpretacion.

(*h*) L. 26, § 9, eod.

(*i*) Cuyacio, obs. XIX, 14.

(*k*) L. 1, C, quibus ex causis, (II, 54).

(*l*) L. 15, pr., ex quib. c. (IV, 6).

(*m*) L. 26, § 1, eod. V. § 326, nota *r*.

(*n*) L. 1, C. quib. ex caus. (II, 54); L. 4, C. de proc. (II. 13).

omitido interpolar apelacion, se la restituye contra esta omision. La restitucion concedida contra el contenido de una sentencia descansa en la simple posibilidad de un procedimiento vicioso; la restitucion contra una apelacion no interpuesta se funda en una omision, siendo este el motivo de la diferencia establecida entre ambos casos (*o*).

Los autores modernos han procurado resolver las dificultades que ofrece la interpretacion de los textos por medio de numerosas distinciones, que no parecen satisfactorias: así distinguen entre la ausencia justificada y la que no lo es, cosa que ya he demostrado el poco fundamento que tiene; entre el caso de solvencia y el de insolvencia del Procurador, distincion de la cual los textos no ofrecen el menor vestigio; y finalmente, afirman que el rigor del antiguo derecho habíase mitigado por la influencia del nuevo; explicacion quizá la más verdadera de todas (*p*).

Ya he notado la arbitrariedad que caracteriza á toda la institucion y, precisamente, en este punto es en donde tenemos que buscar la solucion de ambas cuestiones.

§ CCCXXVIII.—*Restitucion.—Sus diversas causas. II.—Ausencia.* (Continuacion).

Proteccion de otras personas contra los ausentes.

El mismo Edicto señala como pertenecientes á esta clase los casos siguientes:

I. Qui absens non defenditur (*a*). Como con ocasion de la primera clase el Edicto distingue muchos casos y numerosos motivos de ausencia, es de admirar cómo abraza aquí á todos los ausentes por la generalidad de sus expresiones; pero ha sido hecho esto á propósito, porque pudiendo toda clase de ausencia ser igualmente perjucicial á los presen-

---

(*o*) L. 8, di in int. rest. (IV, 1). Si quisiéramos restringir el texto de Paulo, citado en la nota *e*, al caso de una sentencia que tuviere autoridad de cosa juzgada, restriccion, por lo demás, de la cual no se ven señales en el texto, desaparecería la contradiccion ántes señalada, simplificándose así mucho. De otra parte, en la L. 8, ántes mencionada en vez de *rempublicam* se debe leer: *rem judicatam*. Burchardi, p. 446.

(*p*) Glück. vol. VI, p. 33, 34; Schulting, nota ad Digesta, t. I, p. 578; Burchardi, p. 166-175.

(*a*) L. I, § I, ex quib. caus. (IV, 6).

tes, el recurso de la restitucion se hace entónces igualmente necesario (*b*).

II. Qui in vinculis est neque defenditur (*c*).

III. Qui secum agendi potestatem non facit neque defenditur. Por tanto, es preciso entender los que se ocultan en su domicilio; los que por escapar á la accion presentan maliciosamente obstáculos al planteamiento del litigio, y, finalmente, los que sin ninguna intencion secundaria no alegan para rechazar el debate otra razon que la multiplicidad de sus negocios (*d*).

IV. Qui, cum eum invitum in jus vocare non licet. Trátase de personas investidas de una alta magistratura, que no podían ser llevadas contra su voluntad ante los Tribunales; no de los padres ó de los patronos, quienes no pueden ser citados en justicia por sus hijos y libertos respectivamente, sino con autorizacion del pretor; pues esta formalidad respetuosa no es un obstáculo para el ejercicio de la accion (*e*).

V. Cum de ea re Magistratus appellatus sit (*f*). Desde el instante en que la persona demandada reclamaba la intervencion de un Magistrado igual ó superior, ó la de un tribuno del pueblo para suspender el curso del litigio, la usucapion y la prescripcion podían cumplirse en el intervalo y despojar al demandante de su derecho (*g*). Aquí la restitucion le protegía.

VI. Cum per Magistratus actio exempta sit. Aplícase esto al caso en que la pérdida de una accion resulta de la morosidad con que se ejercitara; sea por la incuria del Magistrado, ó del Juez que el Magistrado ha nombrado, sea por las vacaciones de los Tribunales, etc.; pero se exige expresamente que el demandante no haya él mismo contribuido á su pérdida, con la intencion, por ejemplo, de que se le en-

---

(*b*) L. 21, § I, eod.—En esta disposicion se hallan evidentemente comprendidos los soldados, directamente, sus herederos, cuando terminan la usucapion comenzada por su autor y aun cuando estén ausentes, L. 3, pr. eod.

(*c*) L. 1, § 1, L. 23, pr. eod.

(*d*) L. 1, § 1; L. 23, § 4; L. 24, § 25, eod.—Aquí se observa que hay todavía otro medio de coaccion entre los *latitantes:* la *missio in bona.*

(*e*) L. 1, § 1; L. 26, § 2, eod.

(*f*) L. 1. § 4, eod.

(*g*) V. t. V, p. 369.

viase ante el que continuare como Magistrado las funciones que el entónces en ejercicio desempeñara *(h)*.

A propósito de los cuatro primeros casos que acabo de enumerar, se dice formalmente que para obtener la restitucion el ausente, etc., debe haber estado ó sido *indefensus* (*i*). Con respecto á la primera clase existe una disposicion análoga (§ 327, notas *d*, *e*, *f*), que promueve dudas y dificultades y que es de temer se encontrara aquí; pero las cosas se presentan de otro modo. La restitucion que nos ocupa supone un derecho susceptible de mantenerse por la accion, y que el titular de este derecho estuviese fuera de condiciones para ejercerla por la imposibilidad momentánea de unirse á su adversario. Las causas de dicha imposibilidad son, pues, indiferentes, y el recurso extraordinario de la restitucion estará tanto mejor fundado, cuanto que ellas fueran consideradas más arbitrarias y vituperables. Si el ausente es realmente *defensus*, no existe la necesidad de la restitucion, porque la facultad para intentar la accion excluye en absoluto el peligro supuesto de la pérdida del derecho. Trátase, pues, ahora de determinar quién debe ser considerado como *defensus*.

Se llama *defensus* al que ha nombrado un procurador con autoridad para representarle en el litigio como demandado, y aquel por el cual expontáneamente representa un procurador sin mandato. No sólo semejante intervencion hace inútil la restitucion é inadmisible, sino que el poseedor del derecho debe provocar esta intervencion dirijiéndose á los amigos de su adversario (*k*). Sin embargo, es necesario que además de la presentacion esta persona preste caucion, aun cuando estuviere autorizado por su adversario, pues de otro modo no es considerado como *defensus* (*l*).

Para todos los casos parecidos Justiniano estableció una garantía enteramente nueva. El titular de un derecho que no halla á su adversario, debe denunciar su accion al

(*h*) L. 1, § 1; L. 26, pr.; § 4-7, eod.

(*i*) En la L. 26, § 3, eod., Ulpiano oberva cuidadosamente que estas palabras del edicto «non defenderetur,» se refieren al primer caso, en tanto que despues las palabras «neque defenderetur.» hacen alusion á los tres siguientes.

(*k*) L. 21, § 2, 3; L. 22, pr. eod.

(*l*) L. 21, § 3, eod. § 1, 4, 5, 7, de satisd. (IV, 1).

teniente de la provincia, al obispo ó al defensor de la ciudad y, en su defecto intentara su accion públicamente. Esta formalidad basta para interrumpir toda clase de usucapion y de prescripcion *(m)*. Muchos autores han creido por esto que la restitucion se hacía inútil ó aún se prohibía; pero semejante opinion no es en modo alguno fundada: el poseedor del derecho puede escoger entre estos dos medios de restitucion *(n)*.

A los casos de restitucion mencionados en el Edicto han añadido los antíguos jurisconsultos los siguientes, por aplicacion de la *generalis clausula*:

1) Cuando una accion prescribe durante el tiempo en que el demandado está prisionero en poder del enemigo *(o)*.

2) Cuando el hijo de un prisionero de guerra adquiere bienes para su peculio y consuma enseguida la usucapion *(p)*.

3) Cuando el adversario es un enajenado, un menor ó una ciudad y, por circunstancias accidentales, se encuentra sin representante *(q)*. Reciprocamente el enajenado, etc, que no tiene quien le represente puede sin duda alguna obtener la restitucion, si la usucapion ó la prescripcion le despojaron de su derecho; y si este caso de restitucion no se menciona entre los de la clase primera no debemos atribuirlo sino á una omision fortuita. Semejantes casos guardan ciertamente más analógia con la restitucion de los ausentes que con la de los menores *(r)*.

§ CCCXXIX.—*Restitucion.—Sus diversas causas.—Ausencia* (Continuacion).

Despues de haber enumerado los diferentes casos en

(*m*) L. Q, C. de annali except. (VII, 40)
(*n*) Burchardi, p. 180—182.
(*o*) L. 23, § 3, ex qu. c. (IV, 6).
(*p*) L. 23, § 3 cit. En efecto la usucapion no puede proceder del mismo prisionero pues carece de libertad. L. 23, § I, eod.
En este sentido es en el que se hace necesario entender y limitar el § 5, 7, de act. (IV, 6).
(*q*) L. 22, § 2, ex qu. c. (IV, 6). La parte del texto que precede prueba que no se trata aquí de los enajenados, etc., sino como demandados. A esta sustitucion es á la que se refiere la L. 121, § 1, de R. I. (L. 17): «Furiosus absentis loco est.»
(*r*) V. al final del § 324.

que la restitucion fundada en la ausencia halla aplicacion, debemos examinar más atentamente las lesiones que pueden impedir que dicha sustitucion se cumpla.

Refiréndonos á los términos mismos del Edicto habremos de reconocer dos especies principales de lesion.

1) *Si quid de bonis deminutum erit*, es decir, disminucion inmediata de bienes existentes. He aquí los casos de pérdida que pueden presentarse y hacer necesaria la proteccion lo mismo para los ausentes que contra los ausentes.

1) Pérdida de la propiedad resultante de la usucapion consumada por el adversario (*a*).

2) Pérdida de una servidumbre por el no uso (*b*).

3) Pérdida de una posesion ó de una cuasi-posesion (*c*).

4) Pérdida de la propiedad á consecuencia de un *damnum infectum* (*d*).

5) Pérdida de un crédito sometido por medio de contrato á una condicion de residencia en un lugar determinado (*e*).

6) Pérdida resultante de una sentencia pronunciada de un modo regular (*f*).

II) *Si actionis dies exiit*. Pérdida de una accion por la prescripcion de la misma ó quedar desierto el procedimiento (*g*). El derecho para perseguir un delito perdido por el trascurso de cierto tiempo (*h*) es de la misma naturaleza.

La *generalis clausula* permite invocar esta restitucion, no sólo cuando hay disminucion de bienes, sino además cuando la ausencia ha impedido adquirir una herencia ó un legado (§ 319, nota *l*).

La aplicacion de esta restitucion está sometida al principio general que exige una relacion de causalidad entre el motivo de la restitucion y la pérdida esperimentada. Si, pues, la ausencia no abraza sino una parte del tiempo fijado para la usucapion ó la prescripcion, la restitucion se re-

---

(*a*) L. 1, § 1; L. 15 § 3, ex qu. c. (IV, 6).
(*b*) L. 1, § 1, eod.
(*c*) L. 23, § 2, eod.
(*d*) L. 15, § 2, eod. es decir, por medio del *jubere possidere*.
(*e*) L. 43, eod.
(*f*) V. § 327, notas *n*, *o*.
(*g*) L. I, § 1, eod.
(*h*) L. 40, pr. eod.

chaza alguna vez en absoluto, ó no se concede sino para una sola parte del término establecido (*i*).

Cuando la pérdida de la propiedad resulta de la usucacion la restitucion obra segun las circunstancias especiales del caso, ya como accion, ya como excepcion.

Segun una opinion muy extendida la accion que protege la propiedad contra los efectos de la usucapcion se llama *publiciana actio*. Se la relaciona á otra clase de *publiciana actio*, y de esta relacion se quiere formar la historia de la restitucion (*k*); pero semejante doctrina nos parece de todo punto errónea.

Numerosos textos relativos á esta restitucion es verdad que hablan de la *publiciana actio (l)*, no como de una accion especial establecida para este caso particular, sino en un sentido diferente. Aquel á quien la usucapion ha despojado de su propiedad mientras que se encontraba ausente, puede invocar ordinariamente las condiciones de la *bonæ fidei possessio*; así ha obtenido la entrega de la cosa por la venta, donacion, etc. Hállase entónces con que tiene la *publiciana actio* ordinaria, cuya existencia no se encuentra excluida por la usucapion del adversario. Sin embargo, cuando él ejerza la *publiciana actio* un adversario podrá oponerle la *exceptio justi dominii* (*m*), y con razon; porque se ha hecho verdadero propietario á virtud de la usucapion. Además esta excepcion se rechaza por la restitucion por causa de ausencia, con ó sin *replicatio*, segun que los hechos eran dudosos ó ciertos. Así, rigurosamente, se debe decir que en semejantes circunstancias la restitucion sería no para hacer que renazca una accion extinguida, sino para rechazar una excepcion que se tratara de establecer contra una accion siempre válida. La letra misma de los textos citados (nota *l*) confirma esta interpretacion. En efecto, uno de ellos dice expresamente que en parecidos casos se puede oponer á la *publiciana* la *exceptio dominii*; pero que en general no se concede esta sin *causæ cognitio:* hasta aquí la restitucion por ausencia debe bastar para rechazarla, y desde entónces

(*i*) L, 15, § 3; L. 16; L. 26, § 7, 8, ecel. V. § 320. nota *d*.
(*k*) Burchardi p. 153, y sig.
(*l*) L. 35, pr., de obl. et act. (XLIV, 7); L. 37 mandati (XVII, 1) de los pasajes tomados del antiguo *glossarium* en Brissionius, V. Publiciana.
(*m*) L. 1, pr.; L. 16, 17, de publ. (VI, 2).

la *publiciana* conserva toda su eficacia (*n*). Otro texto no menciona la doble *publiciana* establecida para casos entre sí diferentes, no haciendo referencia más que á una accion de este nombre, añadiendo sólo que algunas veces se concede *rescissa usucapione* (*o*). Esto debe entenderse con relacional asunto del primer texto.

No pretendo en manera alguna que la *publiciana* garantida por la restitucion contra la *exceptio dominii* sea el único recurso abierto al antiguo propietario. Este podía llegar á su fin directamente ejerciendo la *reivindicatio* (es decir, segun el antiguo derecho por medio de la *petitoria formula* con la *intentio: rem suam esse*); pero entónces asentaría un hecho inexacto porque en realidad no es propietario. Es, pues, necesario que la restitucion haga desde luego de esta asercion falsa una verdad, y de este modo no sirva como en los casos anteriores para proteger contra una excepcion, una accion de otra parte fundada, sino para hacer posible una accion que de otro modo no lo sería. En estos términos es en los que la Instituta aplica á la usucapion nuestra restitucion (*p*), no siendo ménos justa por ello ni ménos verdadera tal aplicacion que la que acaba de mostrarnos el texto del Digesto y hemos expuesto. Ambas aplicaciones no tienen nada de contradictorias, pues indican dos caminos abiertos al demandante el cual puede escoger el que estime más apropiado á las circunstancias en que se halle.

Del exámen precedente de los textos resulta que no tenemos ninguna razon para admitir una *publiciana actio* especial, como la accion destinada á obtener una restitucion por causa de ausencia contra la usucapion. Hay circunstancias que vienen á confirmar directamente lo que asiento aquí: el

---

(*n*) L. 57, mandati (XVII, 1). V. tambien apéndice XIX.

(*o*) L. 35, pr., de obl. et act. XLIV, 7):... «Illœ autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod est patrimonio nobis abest. ut..... Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed quum *rescissa usucapione* redditur, anno finitur quia contra jus civile datum.

(*p*) § 5, 3. de act. (IV, 6):«..... permittitur domino, si possessor reip. causa abesse desierit, tunc, intra annum rescissa usucapione eam petere, i. e. ita petere, *ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse.*» observo en este texto que se trata únicamente de la proteccion *contra* el ausente que ha consumado la usucapion; pero la misma regla se aplica al ausente que ha perdido su propiedad por la usucapion de otro y desea recobrarla por medio de la restitucion.

texto de las Intitutas relativo á nuestro caso, no nombra la *publiciana actio*, bien que figure en el párrafo anterior, en tanto que, por el contrario, nuestro caso no se halla ni en el título del Digesto *de publiciana in rem actione* ni en la explicacion que Gayo nos dá de la *publiciana actio* (*q*).

Una accion no es sin embargo el único medio que puede emplearse para realizar la restitucion contra la usucapion. En efecto, si por una circunstancia accidental el antiguo propietario entra en posesion de la cosa, no hay necesidad de accion, no tiene realmente ninguna; pero entónces el adversario que ha consumado la usucapion viene á ejercitar con el la accion de propiedad y tiene necesidad de una excepcion, la cual le presta nuestra restitucion (*r*).

§ CCCXXX.—*Restitucion.—Sus diversas causas.—* III. *Violencia.*

Ya indiqué ántes (§ 320) el lugar que la historia señala á esta causa de restitucion. Cuando un acto jurídico era reresultado de la violencia, es decir, cuando había sido hecho bajo la influencia de un temor provocado voluntariamente por medio de amenazas, el pretor ofrecía al que era victima de semejante violencia el recurso de la restitucion, siendo una de sus causas más antiguas. Pero desde época muy remota hubo tambien medios ordinarios que utilizar y que tendian al mismo fin, á saber: la *actio quod metus causa* y una *exceptio metus*, á las cuales se les concedia tal extension que bastaban en la mayor parte de los casos porque alcanzaba no solo al autor de la violencia, sino tambien á todos los terceros quienes por su posicion podian garantizar á la víctima de la violencia contra las consecuencias perjudiciales del acto imputado (*a*). Desde que estos medios de derecho ordinarios bastaban la restitucion se hacía inaplicable segun el principio general (§ 321, nota *r*). De otra parte estos recursos comparados con la restitucion

---

(*q*) Gayo, IV, § 36.
(*r*) L. 28, ex quib. caus. (IV, 6).
(*a*) L 9, § 8, quod metus (IV, 2); L. 4, § 33, de doli m. et met exc. (XLIV, 4). Esta accion es una *actio in rem scripta*, que es necesario no confundir con la *in rem actio*. V. tomo V. p. 22.

presentan grandes ventajas que deberían hacerlas preferibles, aun cuando la restitucion se admitiese. La *actio quod metus causa* ofrece un resultado más seguro y más pronto, por la amenaza de la reparacion cuádruple si el demandado no daba una satisfaccion inmediata; y cuando la víctima de la violencia se contentaba con una simple reparacion, no se sometía á las cortas prescripciones que encerraban á la restitucion en límites tan estrechos (*b*).

Sin embargo, hay ciertos casos raros en que estos recursos ordinarios del derecho no bastaban, y entónces el que había sufrido la violencia podia recurrir á la restitucion, cuya consecuencia principal, pero no única, era dar nacimiento á una verdadera *in rem actio*. El pasaje del Edicto que leemos en el Digesto abraza por la generalidad de sus términos ambas especies de proteccion (*c*); siendo este mismo el sentido en que lo interpretan los antiguos jurisconsultos. Quizá fuera esta la redaccion del Edicto primitivo sobre la restitucion, no teniendo necesidad de modificarse para comprender los recursos ordinarios establecidos posteriormente.

La verdad de esta explicacion resulta de un texto de Ulpiano (*d*), cuyo encadenamiento ha sido precedentemente mal comprendido. Ulpiano dice, en el párrafo 3, que el acto impuesto por violencia puede ser imperfecto (por ejemplo una promesa de dinero sin hacer efectivo el pago) ó un acto perfecto (por ejemplo una promesa de dinero seguida del pago, como tambien una aceptilacion). Despues de esto está la opinion de Pomponio de que los actos imperfectos dan solamente lugar á una accion. Ulpiano rechaza esta opinion y deja en todos los casos la eleccion entre la accion y la excepcion, de suerte que una simple promesa de dinero determina tambien una accion, es decir, para llegar á una aceptilacion. Esta decision está confirmada por un rescripto imperial, el que aun en el caso de un acto imperfecto admite la *in integrum restitutio*. Como consecuencia de este ejemplo el pretor declara que la víctima de la violencia podia esco-

---

(*b*) L. 14 § 1, quod metus (IV, 2).
(*c*) L. 1, eod. «Ait prætor: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.»
(*d*) L. 9, § 3, 4, 6, eod. V. § 316, nota *n*.

ger entre la accion y la excepcion. Pero Ulpiano añade inmediatamente que el que ha sufrido la violencia puede tambien tener necesidad de una *im rem actio*, del mismo modo que si un crédito háse extinguido por una aceptilacion forzosa este crédito puede renacer «*rescissa* aceptilatione vel alia liberatione *(e)*.» Tanto uno como otro no son posibles sino por medio de una verdadera restitucion. Entre estas acciones y la accion personal *quod metus causa*, que se obtiene sin restitucion, la eleccion es libre, pero una vez hecha no se pueden utilizar los beneficios de la otra *(f)*.

Nos resta aun por examinar el caso en que, al lado de la *actio quod metus causa*, la restitucion por causa de violencia puede ser considerada como necesaria *(g)*.

Un caso de esta especie, que por efecto de la casualidad no se halla mencionado entre las fuentes del derecho, es el de la insolvencia del deudor. La existencia de acreedores privilegiados puede quitar á la accion personal todos sus resultados útiles; la accion *in rem* garantiza al demandante por la restitucion y la permite alcanzar su objeto.

Otro caso muy raro para haber obtenido un gran interés práctico se menciona expresamente en las fuentes del derecho. El que ha sido obligado á aceptar ó á repudiar una herencia, puede hacerse restituir contra el perjuicio que semejante acto le haya producido *(h)*. Aqui es evidente que la accion personal se hacía con frecuencia insuficiente á consecuencia de abrazar las relaciones de derecho indeterminadas que la sucesion estableció con una multitnd de personas extrañas.

La condicion esencial de esta restitucion es una violencia verdadera, tal como la definían las reglas de derecho es-

---

(e) L. 9, § 4, eod.—La *in rem actio* está confirmada por la L. 3, C. de his quæ vi (II, 20).

(f) L. 9, § 6, eod.

(g) Puchta Pandekten, § 102, notas *c*, *d* y Vorlesungen p. 215, pretende que segun el nuevo derecho romano la restitucion por causa de violencia no era necesaria sino para los *negotia stricti juris*, y siendo así que no conocemos los *stricti juris negotia* esta especie de restitucion no existe hoy. Lo mismo cabe decir de la restitucion por causa de fraude. No podria admitir que en derecho romano la restitucion estuviese subordinada á semejante condicion, y sostengo que en el derecho actual la restitucion debe tener lugar en los casos que he enumerado aquí.

(h) L. 21, quod metus (IV, 2).

tablecidas para la aplicacion mucho más importante de la *actio quod metus causa*. La exposicion de estas reglas entra en el derecho de obligaciones.

§ CCCXXXI.—*Restitucion.—Sus diversas causas.— IV.—Error.*

Los testimonios de Ulpiano y de Paulo (§ 320) no dejan duda alguna sobre la existencia de una restitucion por causa de error; aunque, sin embargo, parece se le atribuye ménos importancia que á la procedente de la violencia y del fraude. El Edicto no contiene ningun pasaje sobre la totalidad de este caso y el Digesto, que reproduce el órden seguido en el Edicto, no le consagra un título especial.

Trátase ahora de determinar y circunscribir los casos á que se aplica esta restitucion.

De ordinario se ha pretendido que podia ser invocada contra el perjuicio resultante de la prescripcion de una accion en la hipótesis de un error sobre la existencia de la lesion. Esta aplicacion, que anularia en gran parte los beneficios de la prescripcion, debe ser desde luego rechazada (*a*). Lo mismo debe hacerse en una aplicacion más importante todavía y que consistiria en atacar por medio de la restitucion todo acto jurídido, principalmente todo contrato desde que una de las partes hubiese obrado por motivos erróneos (*b*). En efecto, no pudiendo contar las partes con la eficacia de sus actos, detendrían la marcha general de los negocios.

Las formas rigurosas del antiguo procedimiento romano nos ofrecen por el contrario una materia cierta y bastante importante para la aplicacion de la restitucion dicha. De ordinario causaban un grave perjuicio á una parte, que no era responsable ni se la podia culpar de mala intencion y aun á veces ni de negligencia siquiera. No era este el objeto de dichas formas y le restitucion contra semejante perjuicio bajo la vigilancia esclarecida del pretor, representaba además pocos inconvenientes como la restitucion contra un

---

(*a*) V. t. II, p. 434, 435.
(*b*) V. t. II, p. 402, 403.

contrato basado en motivos equivocados hubiero ofrecido peligros (*c*).

Tambien esta restitucion por el olvido de las formas del procedimiento se encuentra frecuentemente, sobre todo en los tiempos antiguos, siendo este el verdadero motivo de la restitucion por causa de error. Ya he dado en otro lugar la enumeracion de estos casos (*d*).

A un caso de esta especie se refiere el único pasaje del Edicto tocante á la restitucion por causa de error que se halla en las fuentes del derecho. El que litigando contra un impúbero aceptaba por error la *auctoritas* de un falso tutor, perdía enteramente su accion. El pretor promete la restitucion contra este error (*e*).

Otro ejemplo de la misma restitucion tenemos que en nada se refiere al procedimiento. Cuando un deudor muere y su acreedor pone en duda la solvencia del heredero puede exigir la separacion de los patrimonios y hacerse pagar de los bienes de la sucesion. Pero entónces desde que resulta su cálculo equivocado, experimenta un perjuicio y tiene derecho á la restitucion si justifica su error (*f*).

§ CCCXXXII.—*Restitucion.—Sus diversas causas.—* V. *Fraude.*

La restitucion por causa de fraude presenta dificultades de todo punto especiales y áun su misma existencia ha sido puesta en duda por autores muy respetables. Sin embargo, esta duda no es posible en presencia de los testimonios de Ulpiano y de Paulo (§ 320).

La restitucion de que venimos hablando nos la ofrecen

(*c*) Noodt (Corum. in Pand. IV, 3 vers. *Non minus*) reconocía con razon que la restitucion contra las faltas del procedimiento se concede más fácilmente.

(*d*) V. t. II, p. 419 y siguientes, t. V, § 300, *q.* y tocante á la confesion judicial, § 306. La disposicion más general relativa á esta especie de restitucion se halla en la L. 7, pr., de in int. rest. (IV, 1).

(*e*) L. 1, § 1, 6 quod falso (XXVII, 6): «...Quod eo auctore qui tutor non fuerit (gestum erit), si id actor ignoravit dabo in integrum restitutionem. V. t. II, p. 419. La restitucion opera la rescision de la *litiscontestatio*, lo que impide la consumacion de la antigua accion resultante de la *Lit. cont.*

(*f*) L. 1, § 14, de separat. (XLII, 6).

las fuentes inmediatamente despues de la restitucion por causa de violencia y su planteamiento se eleva á los tiempos más antiguos. Los recursos ordinarios, la *actio* y la *exceptio doli* la han hecho en cierto modo inútil, explicándonos este desenvolvimiento histórico lo que hoy dia presenta aquella de enigmático. Si comparamos estos recursos de derecho ordinario con los que suplen á la restitucion por causa de violencia, notaremos dos diferencias. La *actio quod metus causa* y la *exceptio metus* valen contra un tercero poseedor (§ 330, nota *a*); la *actio* y la *exceptio doli* se empleaban formalmente contra el autor del fraude, y por consecuencia hacían más frecuentemente necesaria la sustitucion. Además, la *actio doli* es infamante para el condenado y por esto no debe ser empleada si se la puede restituir por otros medios jurídicos igualmente eficaces (*a*). Esta última restriccion no existe sino por la *actio*, no para la *exceptio doli*; pero el derecho actual no ha podido ocuparse de ella porque hoy está generalmente roconocido que ninguna accion dada para la persecucion de los delitos privados lleva consigo la infamia (*b*).

Con el objeto de determinar los casos en que la restitucion por causa de fraude es todavía aplicable, voy preliminarmente y como ensayo á asentar algunos principios cuya verdad no podrá ser demostrada sino en el curso de la presente investigacion. De ordinario, el autor del fraude, á quien yo llamaría el adversario, es tambien el que se aprovecha del perjuicio causado al que es víctima del fraude, siéndolo á veces dos personas diferentes (*c*). En el primer casoes natural que la víctima del fraude se dirija para recibir su indemnizacion al adversario culpable del fraude y no al adversario inocente, y la restriccion fundada en la naturaleza infamante de la *actio doli* cede ante esta consideracion. Sin embargo, el que sufre el fraude no debe quedar nunca sin proteccion. Así, pues, en el caso del cual acabo de ocu-

---

(*a*) L. 1, § 4, de dolo (IV, 3).
(*b*), Véase t. II, p. 55.
(*c*) Aquí debe suponer que el adversario ignore el fraude, pues de otro modo no sería cómplice; aquí, repito, no se puede formular cuestion sino tratándose de un adversario de mala fé.

parme, si el autor del fraude no era solvente el adversario inocente sería sometido al procedimiento.

Para reconocer los casos en que la restitucion por causa de fraude tiene aplicacion, debemos consultar la doble afinidad que evidentemente tiene ya con la violencia, ya con el error.

Así, desde luego la restitucion por causa de fraude deberá aplicarse á los dos casos que se aplica la restitucion por causa de violencia, á fin de que en ninguno la víctima del fraude quede sin proteccion.

El primero es aquel en que el autor del fraude es insolvente. El que ha sido inducido por fraude á vender un inmueble á bajo precio y hacer tradicion de él, puede atacar la venta en virtud de la *actio venditi* y cobrar el objeto (*d*). Aquél á quien un fraude determina á hacer donacion de un inmueble y consume este acto por la tradicion—en el antiguo derecho por la mancipacion—puede en virtud de la *actio doli* obtener la restitucion del inmueble. Pero si en uno de ambos casos el autor del fraude es insolvente, para evitar el concurso de otros acreedores se puede en lugar de ejercitar la accion personal, exigir la restitucion por causa de fraude y obtener así una *actio in rem*, como hemos visto sucedía con ocasion de la violencia (*e*).

El segundo caso se refiere á la aceptacion ó al repudio de una sucesion determinada por el fraude. El que en semejantes circunstancias había cedido á la violencia podía escoger entre la *actio quod metus causa* y la restitucion, ambas anulaban la aceptacion ó el repudio de la sucesion (*f*): este último recurso de derecho fué frecuentemente necesario á causa del efecto indeterminado de dichos actos con respecto á un gran número de personas extrañas. Aquí se dice claramente que la víctima del fraude tiene siempre contra el autor la *actio* y la *exceptio doli* (*g*), del mismo modo que en el caso de violencia se tiene la *actio quod metus causa*; pero esto no significa que no se puede pedir la restitucion por causa de fraude, porque ella resulta evi-

---

(*d*) L. 6, § 1, de contr. sent. (XVII, 1); L. 4, pr., de L. commiss. (XVII, 3). V. L. 11, § 5, 6 de act. emti (XIX, 1).

(*e*) L. 9, § 4, 6, quod metus (IV, 2): véase § 330.

(*f*) L. 21, § 5, 6, quod metus (IV, 2); véase § 330.

(*g*) L. 9, § 1; L. 40, de dolo (IV, 3).

dentemente de la analogía que existe entre ambas instituciones.

El fraude tiene igualmente afinidad con el error. En efecto, todo fraude encierra un verdadero error, pudiéndosele llamar un error calificado. Tambien la restitucion que se concede contra la inobservancia de los términos del procedimiento resultante de un error (§ 331), está siempre y directamente fundada desde el momento en que la inobservancia de los plazos resulta de un fraude practicado por otro. Si algunas veces no se la ve aplicada es porque el fraude ha sido llevado á cabo por otro que el adversario en el proceso, siendo entónces contra el autor del fraude y no contra el adversario contra quien la accion se dirige.

Despues de estas observaciones preliminares paso al exámen de los textos, cuya recta interpretacion puede sólo disipar las dudas y destruir los errores acreditados en esta materia.

Debemos, desde luego, ocuparnos de dos textos los cuales parecen decir que en caso de colision entre la restitucion y la *actio doli* debe ser preferida la primera, como no infamante.

L. 1, § 6, de dolo (IV, 3), (Ulpianus) *(h)* «Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere...»

L. 7, § 1, de in int. rest. (IV, 1) (Marcellus (*i*) «Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium; etenim deceptis sine culpa sua, *maxime si fraus ab adversario intervenerit*, sucurrit oportebit, quum etiam de dolo malo actio competere soleat. *Et boni Prœtoris est potius restituere litem*, ut et ratio et æquitas postulabit, *quam actionem famosam constituere*, ad quam demum descendendum est, quum remedio locus esse non potest.»

Hé aquí ahora cómo se entienden ambos textos por muchos autores. Todo fraude determina una restitucion, pero

---

(*h*) El párrafo precedente explica el texto del Edicto segun el cual la *actio doli* no se admite sino á falta de toda otra *actio*.

(*i*) Se dijo ántes que si bien era necesario observar las solemnia (es decir, las formas del procedimiento), el pretor no debe rehusar una restitucion equitativa; tal es, por ejemplo, el caso, en que una parte, no habiendo respondido á una *interrogatio*, lo cual debía ocasionarle un perjuicio (§ 305), responde inmediatamente.

como en caso de colision la restitucion, que no es infamante, debe ser preferida á la *actio doli* que lo es, en el caso de fraude debe aplicarse sólo la restitucion. Semejante interpretacion, que lleva las cosas á su último extremo, no sería fundada porque excluiría en absoluto la aplicacion de la *actio doli*; y sin embargo, los antiguos jurisconsultos nos la presentan en muchos casos como la única aplicable en derecho, como el único recurso, en tanto que, por el contrario, si ellos mencionan la restitucion por causa de fraude es sólo raramente y de una manera accidentad.

El verdadero sentido de estos textos y á un tiempo la solucion de toda la dificultad relativa á la restitucion por causa de fraude, resultará de las proposiciones siguientes, que se refieren á textos diversos de los antiguos jurisconsultos.

A) Caso en que el autor del fraude es tambien el que se aprovecha de él como adversario.

1) Desde que esta relacion interviene entre las partes que figuran en un proceso, por ejemplo, cuando el demandante está amenazado por el fraude del demandado á dejar que se cumpla una prescripcion del procedimiento, la *actió doli* está realmente fundada. Pero como en este caso la restitucion por causa de fraude dá absolutamente el mismo resultado, pues que impide la pérdida de la accion, amenazando el honor del adversario, un pretor previsor concederá preferencia á la restitucion.

Tal es, precisamente, el sentido del texto de Marcelo ántes trascrito, que habla de un fraude cometido en un proceso por la parte contraria, segun resulta tanto del principio del texto como de la mencion del *adversario* y de las palabras: *restituere litem*:

2) Un deudor, por medio de una carta falsificada determina á su acreedor á hacerle entrega de su deuda por la aceptilacion. El acreedor que descubre el fraude puede, si es mayor, ejercer contra el deudor la *actio doli* para obtener una indemnizacion, y si es menor, hacer que renazca la deuda por vía de restitucion *(k)*.

(k) L. 38, de dolo (IV, 3). «... postea epistola falsa vel inani reperta, creditor major quidem annis XXV de dolo habebit actionem, minor autem in integrum restituetur.»

Lo mismo este texto que el que le precede (L. 7, § 1, de in int. rest.) tratan de una relacion de derecho limitada á dos personas. Aquí deberíamos admirarnos al ver que se concede al acreedor mayor la *actio doli*, bien que la restitucion por causa de fraude, preferida por el texto precedente, habría dado un resultado idéntico amenazando la honra del adversario. No aventuro explicacion alguna precisa de esta diferencia aparente. Quizá estuviera este punto controvertido; de otra parte Marcelo representa la preferencia dada á la restitucion no como una regla de derecho bien establecida, sino como una medida cuya adopcion se recomienda á la prudencia del pretor. Puede ser tambien que los jurisconsultos romanos, por su analogía con el error, prefiriesen la restitucion á la *actio doli* por el perjuicio experimentado en un proceso (y tal es el objeto de la L. 7, § 1, cit.), no por el perjuicio resultante de los contratos del cual habla la L. 38, de dolo.

3) Encontramos la aplicacion pura de estas reglas en uno de los textos más importantes en esta materia, texto en que muchos autores ven sin razon una disposicion positiva y aislada (*l*). Desde que un litigio se termina por la sentencia y despues el condenado descubre que la decision que le perjudica se ha dictado fundándose en las disposiciones de los testigos que su adversario había ganado, podrá sin duda alguna ejercitar la *actio doli* contra este último. Aquí, sin embargo, esta accion no era admitida, y por medio de la restitucion fundada en el fraude debe hacer que se anule la sentencia á fin de que se pronuncie una nueva.

B) Caso en que el autor del fraude es un tercero distinto del adversario de la parte lesionada.

4) Desde el momento que, una accion intentada ó preparada, un tercero impide maliciosamente al demandado comparecer ante el tribunal, el demandante puede experimentar muchas suertes de daño. Una usucapion, una prescripcion de accion puede cumplirse y quitar así al demandante su propiedad ó su accion. Contra este tercero el pretor concedía al demandante una accion especial de indemnizacion, una *actio in factum*, no teniendo que recurrir á la *ac-*

(*l*) L. 33, de re jud. (XLII, 1).

tio doli, que era infamante (*m*). Pero si el tercero era insolvente, el actor perjudicado obtiene la restitucion contra el demandado inocente, á fin de que éste no participase del daño hecho á otro é irreparable desde luego (*n*). Es evidentemente una restitucion por causa de fraude cometida por un tercero, pero á la cual no se recurría sino en caso de necesidad, es decir, cuando la accion ordinaria dirigida contra el autor del fraude no podía satisfacer los intereses de la parte lesionada.

5) El que designado por su cualidad de heredero é interrogado acerca de cual sea su parte en la sucesion, se hace pasar como heredero único sabiendo no lo es sino en la mitad; en caso de salir condenado, paga la deuda en su totalidad como reparacion del perjuicio causado al demandante (*o*). Para esto no necesitaba ninguna accion especial y principalmente ninguna *actio doli*. Pero si este heredero era insolvente, el demandante habría sufrido injustamente un perjuicio, porque no habría podido dirigirse contra el co-heredero solvente, quien se enriquecería á sus espensas. Contra este resultado el demandante obtiene la restitucion (por causa de fraude cometido por un tercero) y puede reclamar del coheredero solvente la mitad de la deuda (*p*).

6) Cuando las mercancías vendidas deben ser pesadas por un tercero, si éste dá conscientemente un peso falso, el comprador tiene contra él la *actio doli* (*q*); pero la venta queda válida para las partes. Segun las reglas del derecho aplicadas á los casos precedentes (Núms. 4, 5) no se debe admitir que hay lugar á la restitucion contra la venta misma, si la insolvencia del demandado deja sin resultado la *actio doli* (*r*).

(*m*) L. 3, pr., de eo per quem factum (III, 10).
(*n*) L. 3, § 1, eod. «Plane si is qui dolo fecerit, quominus in judicio sintatur, solvendo non fuerit, æquum erit adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, et actor damno adficiatur.»
(*o*) L. II, § 4, 5, de interrog. in j. (XI, 1).
(*p*) L. 18, eod.
(*q*) L. 18, § 3, de dolo (IV, 3).
(*r*) En otro caso todavía la insolvencia se toma en consideracion, sin que se infiera por esto que hay lugar á la restitucion. Cuando un impúbero asistido de su tutor, verifica un acto con un tercero y ambos se ponen de acuerdo para engañar al impúbero, éste no tiene sino la *actio tutelæ* contra su tutor, y sólo en el caso de que el tutor sea insolvente tiene contra el tercero la *actio doli*; L. 5, 6, de dolo (IV, 6).

Al relacionar estas diversas decisiones resulta que los dos textos ántes transcritos tienen ciertamente la siguiente significacion. Cuando ambos textos nos dicen que en caso de colision la restitucion debe ser preferida á la *actio doli*, que es infamante, quieren expresar: primeramente que la restitucion fundada en cualquier otro motivo, la menor edad por ejemplo, debe tener la preferencia (Núm. 2); segundo, que debe recurrirse á la restitucion por causa de fraude si el adversario de la parte lesionada es á su tiempo el autor del fraude *(s)*. Si por el contrario, el autor del fraude es otro y no el adversario de la parte lesionada, es contra el autor del fraude contra quien las actuaciones se dirigen, aún cuando la *actio doli* fuera necesaria, y sólo en el caso de insolvencia de éste puede decretarse la restitucion contra el adversario no culpable (Núms. 4, 5, 6).

Las opiniones de los autores modernos sobre la restitucion por causa de fraude, son muy diversas y contradictorias.

Ya he hablado (§ 317, nota *g)* de la opinion de Burchardi, que desde Diocleciano la restitucion por causa de fraude habría tomado una gran extension. Schröter, adoptando esta opinion presenta algunos puntos de vista muy justos, y sólo trata con la sutileza de un casuista la aplicacion de esta restitucion en lugar de referirse á los principios generales (*t*). Göschen niega absolutamente la existencia de una restitucion, por causa de fraude, dejándose llevar por el hecho de que el título del Digesto *de dolo malo* no menciona dicha restitucion (*u*). Puchta pretende, sin razon, que la restitucion por causa de fraude, como la determinada por la violencia son enteramente extrañas al derecho actual (§ 330, nota *g*). Además, dice en otra parte (*v*), que la *actio doli* es en sí misma una restitucion, fundándose en estas palabras del edicto: *si justa causa esse videbitur*, que implican una *causæ cognitio*. Esta opinion, así como la interpretacion de

---

(*s*) Segun los números 1, 3, esto es cierto, al ménos para los actos del procedimiento; en cuanto á los contratos el núm. 2 no resuelve en definitiva.

(*t*) Schröter, p. 126, 129.

(*u*) Göschen, Vorlesungen, 1, p. 569.

(*v*) Puchta, Institutionem, t. II, p. 221, 223.

los dos textos del Digesto ántes citados (*w*), es de tal manera sutil que su deduccion lógica no dejaría subsistir ninguno de los principios fundamentales de la teoría de la restitucion.

§ CCCXXXIII.—*Restitucion.—Sus diversas causas.— VI. Causas caidas en desuso.*

Las causas de restitucion de que he venido ocupándome, pueden todas tener cabida en el derecho actual; pero existen todavía dos que sólo tienen una significacion histórica, y de las cuales haré mencion únicamente por no dejar lagunas en la exposicion de la presente materia; son:

La *Capitis deminutio.*

La *Alienatio judicii mutandi causa facta.*

Ambas tienen en el Digesto un título especial, refiriéndose á las demás causas de restitucion; pero ámbas sin tener ninguna aplicacion en el derecho actual y aun en el justinianeo.

La *Capitis deminutio*, como causa de la restitucion, no tuvo en tiempo alguno sino una significacion muy restringida. Cuando un deudor sufría una *capitis deminutio* por adrogacion, adopcion, emancipacion, etc. (*a*), segun el antiguo derecho se extinguían todas sus deudas (*b*). Además, como esto era una evidente injusticia para los acreedores que no consentían, el pretor concedía una restitucion que daba nuevo vigor á los créditos perdidos (*c*).

Pero esta restitucion no tenía de tal sino el nombre, sin ninguno de sus caracteres esenciales. En efecto, no era dejada á la libre apreciacion del pretor, concediéndose sin condiciones y sin exámen prévio de las circunstancias particulares del caso; además, no estaba sometida á los plazos establecidos para la prescripcion de la restitucion (*d*). Era,

---

(*w*) Principalmente p. 223, 419.
(*a*) V. t. I, § 313, 314.
(*b*) Gayo, lib. IV, § 38; lib. III, § 84. Había muy pocas clases de deudas que continuasen subsistiendo. La *máxima* y la *media capitis deminutio* tenían otros efecto, de que no hay para qué ocuparnos ahora.
(*c*) L. 2, § 1; L. 7, § 2, 3, de cap. dem. min. (IV, 5); L. 2, de in int rest. (IV, 1): Gayo, I, c.; Paulo, I, 7, § 2.
(*d*) L. 2, § 1, 5, de cap. dem. min. (IV, 5).

pues, en realidad una abolicion práctica del antiguo principio, oculta bajo la forma de una restitucion por respeto al antiguo derecho civil.

Tal era el estado de las cosas bajo el imperio del antiguo derecho. Las disposiciones de la época del emperador Justiniano abandonaron con mucha razon el principio mismo al cual se refería esta modificacion, de suerte que ántes del descubrimiento de la Instituta de Gayo el caso era un enigma para nosotros. Podría creerse que él estimó mejor pasarlo en silencio completamente. Dos circunstancias explican, no obstante, su mencion: desde luego observamos en todas las compilaciones de Justiniano la intencion de conservar al ménos el nombre de las antiguas instituciones, y además, no había en el Digesto lugar más á propósito que asignar á la *capitis deminutio* en general (*e*).

La alienatio *judicii mutandi causa facta* era realmente una causa de restitucion establecida por el pretor. Cuando el poseedor de la cosa de otro, previendo la reivindicacion del propietario abandonaba la posesion, á fin de colocar á este último en una situacion más desfavorable, dicha restitucion permitía ejercitar la accion como si la posesion no hubiera sido abandonada. Más tarde esta restitucion se hizo de todo punto inútil despues del principio aplicado desde luego á la peticion de la herencia y despues á la accion de la propiedad. Aquel *qui dolo desiit possidere* puede ser perseguido como si fuese todavía poseedor en virtud de la accion *in rem*, y esto segun las reglas del procedimiento ordinario, sin el amparo de ninguna restitucion, es decir, en condiciones mucho más favorables para el demandante (*f*).

Independientemente de estos motivos de restitucion caidos en desuso, hay todavía otros que sólo descansan en falsas opiniones, y de los cuales voy á ocuparme á fin de no olvidar nada.

Son, ante todo, las numerosas restituciones llamadas restituciones civiles, pero cuya única base es una doble equivocacion. Así, primeramente se han confundido con la restitucion, como he dicho ántes, muchos recursos ordinarios de derecho que realmente no tienen nada de comun con

---

(*e*) V. sobre esta restitucion, t. I. § 70, p. 323-326.
(*f*) V. § 315, notas *h-l*.

ella, fuera del resultado aparente (§ 316). En segundo lugar, por una falsa interpretacion de las constituciones imperiales relativas á las verdaderas causas de la restitucion, se han hecho restituciones nuevas é independientes (*g*).

Tales son los casos de restitucion más notables que se pretenden hacer salir de la falsa nocion de una *generalis clausula*, y de los que dejo hecha mencion (§ 325).

§ CCCXXXIV.—*Restitucion.—Magistrados llamados á decretarla.*

Debemos ahora ocuparnos de las formas de la restitucion, lo cual abraza los Magistrados encargados de decidir su procedencia, las partes que figuran en esta clase de instancia, el procedimiento que hay que seguir, y, finalmente, los efectos de la restitucion (§ 318).

El derecho de conceder la restitucion puede ser considerado bajo un doble aspecto: la aptitud del Magistrado para conocer en esta clase de instancia (la jurisdiccion) y su capacidad para pronunciar sobre la demanda que se le somete (la competencia).

En un principio los únicos Magistrados investidos de la jurisdiccion en materia de restitucion eran para Roma é Italia el pretor, y para cada provincia el teniente de la misma. Los Magistrados de las ciudades no tenían nunca este derecho (*a*). De igual modo desde que se presentaba una demanda de restitucion incidentalmente en un proceso, el *judex* nombrado por el pretor no debía conocer de ella y sí ser llevada siempre ante el pretor (*b*).

Segun el mismo principio la restitucion continúa siendo bajo los emperadores una atribucion de las altas magistraturas. Se concedía por los pretores, el prefecto de la ciudad, el *præfectus prætorio*, los tenientes de las provincias y el emperador. Pero Justiniano decidió lo que ántes de él fué controvertido, á saber, que todos estos funcionarios pudiesen encargar á jueces-comisarios instruir y pronunciar sobre las demandas de restitucion, del mismo modo que los

---

(*g*) V. Schröter, p. 151-157; Göschen, Vorlesungen, 1, § 183.
(*a*) L. 26, § 1, ad munic. (4, 1). V. ántes, § 317.
(*b*) Burchardi, p. 433.

comisarios por ellos nombrados para la instruccion de cualquiera otro proceso podian conocer de una demanda incidental en materia de restitucion *(c)*.

Hé aquí ahora algunas reglas especiales establecidas para el caso más importante; la restitucion dada contra el enunciado de una sentencia. Todo funcionario puede conceder la restitucion contra las sentencias dadas por un funcionario su igual: no puede acordar contra las sentencias de uno de sus superiores, las suyas propias ni las de su predecesor. Así, pues, para obtener la restitucion contra una sentencia dada por el emperador ó por uno de sus inmediatos delegados, era necesario presentarse ante el emperador mismo *(d)*.

En el derecho actual todo Juez tiene evidentemente autoridad para decretar una restitucion, lo cual hace la institucion más peligrosa entre nosotros que entre los romanos *(e)*.

En cuanto á la competencia del Juez tocante á cada caso particular de restitucion, se siguen las reglas establecidas para las acciones ordinarias y principalmente toda demanda incidental en esta materia está sujeta á la competencia del Juez que conoce en la demanda principal *(f)*.

§ CCCXXXV.—*Restitucion.—Partes que figuran en esta clase de instancia.*

Vamos ahora á ocuparnos de las personas que pueden intervenir en un procedimiento encaminado á alcanzar una restitucion. De un lado se encuentra la persona lesionada á quien la restitucion debe favorecer; de otro una persona interesada en impedir la restitucion, pues el restablecimiento del estado anterior de derecho debe ocasionarle una pérdida.

(c) Lib. 16, § 5; L. 17, de min. (IV. 4); L. 3. C., ubi et ap. quem (II, 47). Este texto del C. se reproduce en la C. 9, X, de in int. rest. (I,41): pero con esta adicion resultante sin duda de un error, que los árbitros pueden tambien conceder la restitucion. Burchardi, p. 432-439, 537-548.

(d) L, 18, 42, de min. (IV, 4); L. 3, C., si adv. rem jud. (II, 27).—Burchardi. 545, 546.

(e) V. ántes § 317. V. Burchardi, p. 545, 546.

(f) Burchardi, p. 548, 550.

Para abreviar designaré á estas personas con la denominacion de *titular del derecho* y *obligado*.

Como titular del derecho se presente desde luego la persona lesionada para la cual se ha incoado la demanda de restitucion de que se trata, es decir, el menor, el que ha sido víctima de un fraude, de una violencia, etc.

Independientemente de él y á su lado pueden figurar en calidad de titulares otras muchas personas que fundan su derecho en el del primero, á consecuencia de una relacion especial de derecho.

Tales son en general é incontestablemente todos los sucesores á título universal del titular primitivo *(a)*.

Así, despues de la muerte de este toda causa de restitucion puede ser invocada por sus herederos ó por los que están con respecto al difunto en la misma posicion que los herederos verdaderos, por ejemplo, el que tenga la sucesion en virtud de un fideicomiso ó aquel á quien toca un *peculium castrense*. Tal es tambien el señor del titular, si este ha perdido su libertad, porque el señor está investido de los bienes de su esclavo, precisamente como heredero (*b*).

Entre los casos en que la restitucion no se exige directamente por el titular es necesario incluir el de una cesion que, siempre aplicable á la restitucion, procede entónces de una sucesion á título singular (*c*), como se hace para las obligaciones.

Ninguna de estas reglas sufre dificultad; pero hay una cuestion complicada y muy controvertída que es la de saber si la restitucion del titular primitivo puede aprovechar la caucion (*d*).

Para traer esta cuestion á sus verdaderos límites es necesario, ante todo, decir que no puede presentarse sino con motivo de la restitucion de los menores. En efecto, los ausentes no son en general restituidos sino contra las omisio-

---

(*a*) V. t. II, § 105.

(*b*) L. 6, de in int. rest. (IV, 1); L. 18, § 5, de minor. (IV, 4).

(*c*) L. 24, pr., de min. (IV, 4); L. 25, de admin. (XXVI, 7); L. 20, § 1, de tutelæ (XXVII, 3).—V. ántes, nota *q*.

(*d*) V. sobre esta cuestion, Burchardi, p. 407, 416, 570, 581, en donde se citan los autores más antiguos. V. tambien Göschen, Vorlesungen I, página 538, 553, 554; Puchta, Pandekten, § 105, *i* y § 405, *g*; Vorlesungen, p. 216.

nes, no contra los actos jurídicos (§ 325), y las cauciones no intervienen sino en los actos jurídicos. En caso de violencia ó de fraude la caucion puede siempre invocar la *exceptio metus* ó *doli* que la proteje como á quien ha sufrido la violencia ó el fraude (*e*), sin que haya necesidad de ninguna restitucion.

Ahora, el menor cuya deuda ha sido garantizada por una caucion, se halla ligado por una doble relacion de derecho frente al deudor primitivo y á la caucion, quien si paga la deuda sea por condena, sea voluntariamente tiene siempre expedito su recurso contra el deudor principal (*f*). El deudor menor puede, si lo desea, ser protegido igualmente por la restitucion contra estas dos acciones; la cuestion práctica se reduce, pues, á saber en definitiva quién debe soportar la pérdida, el acreedor ó la caucion (*g*).

Si el acreedor asigna desde luego la caucion no tiene ciertamente ningun derecho á la restitucion (*h*); la cuestion no existe, pues, sino para el segundo caso en que el menor persigue al primer demandado y obtiene la restitucion y entónces, tratándose de saber si la caucion perseguida más tarde puede invocar para su cuenta la restitucion, no ya posible, sino realmente concedida.

Muchos textos parecen decidir (*i*) que la caucion puede obtenerse, otros (*k*) que no puede obtener el recurso de la

---

(*e*) L. 7, § 1, de except. (XLIV, 1).

(*f*) En virtud de la *actio mandati* ó *negotiorum gestorum* segun que el deudor tenía ó no conocimiento de la caucion. L. 6, § 2; L. 18 mand. (XVII, 1); L. 43 de neg. gest. (III, 5).

(*g*) L. 13, pr., de min. (IV, 4): «...In summa perperdendum erit Prætori, cui potius subveniat, utrum creditori anfidejussori; *nam minor captus neutri tenebitur*.» L. 1, C. de fid. min. (II, 24). Sin duda puede suceder que una de estas restituciones se invoque, en tanto que la otra se pierde en virtud de la prescripcion. A esto es á lo que se refieren las expresiones hipotéticas del último texto citado: *modo si... non juvaberis*.

(*h*) Segun el nuevo derecho la caucion puede rechazar la accion por la *exceptio excussionis* y provocar así la aplicacion inmediata del caso siguiente. (Nov. IV, C., 1).

(*i*) L. 3, § 4, de min. (IV, 4), «...hoc auxilium... solet *interdum* fidejussori ejus prodesse;» L. 51, pr., de proc. (III, 3); L. 8, de adqu. her. (XXIX, 2).

(*k*) L. 1, 2, C., de fid. min. (II, 24); L. 7, § 1, de except. (XLIV, 1). Este texto difícil habla desde luego de la *exceptio L. Plætoriæ* que atribuye exclusivamente á las cauciones despues de la restitucion: «quod

restitucion; pero sus expresiones indeterminadas deben ser entendidas no en el sentido de una verdad general y absoluta, sino de una verdad relativa subordinada á ciertas condiciones. Los términos mismos de muchos de estos textos (notas *h*, *i*) parecen favorecer esta explicacion que resulta del modo más preciso y claro de un texto (*l*) en que Ulpiano muestra cómo se concilian dichas decisiones en apariencia contradictorias.

Ulpiano dice que el Pretor debe juzgar segun las circunstancias particulares de cada especie si la pérdida del derecho debe ser soportada por el acreedor ó por la caucion (nota *g*). Como regla principal para resolver esta cuestion asienta el principio evidentemente verdadero de que la caucion debe soportar la pérdida cuando ha garantido precisamente el peligro que resultaba para el acreedor por la menor edad del deudor (*m*). Un texto de Paulo (*n*) confirma plenamente la indicacion dada por Ulpiano. El caso inverso es aquel, necesariamente, en que sin existir ninguna cuestion de menor edad la caucion ha garantido simplemente al acreedor la solvencia del deudor que le era bien conocida (*o*); esto sería sobre todo evidente si el hecho de la menor edad era ignorado de la caucion ó aun del acreedor. El recurso de

---

si deceptus sit *in re* (i. e. sine dolo) tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, *nec fidejussori dande est exceptio.*» Las últimas palabras son equívocas, porque pueden significar: la caucion no debe jamás tener el recurso, ó bien, no debe obtenerlo sino despues de la restitucion del menor. A este sentido último es al que mejor se prestan las palabras. V. Burchardi, p. 205, 410, 579. Savigny Zeitschrift, f. geschichtl. Rechtsw. X, 249.

(*l*) L. 13, pr., de min. (IV, 4).

(*m*) L. 13, pr., cit. «Itaque si, cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est æquum, fidejussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.»

(*n*) Paulo, I, 9, § 6: «Qui sciens prudensque se pro minore obligant, si id *consulto consilio* fecit, licet minori succuratur, ipsi tamen non succurretur.» Las palabras *consulto consilio* no significan la voluntad en general, porque esta existe para la caucion como para todo contrato, sino la voluntad de garantir al acreedor contra los efectos de la restitucion. Burchardi ha comprendido bien la materia en su conjunto, pero admite (p. 572. 577) presunciones que creo supérfluas y de ningun modo justificadas. La crítica de Ulpiano (p. 576) me parece principalmente destituida de fundamento.

(*o*) Esto es lo que expresa Papiniano en la L. 95, § 3, de sol. (XLVI, 3): «cui fidejussoris (obligatio) accessit *sine contemplatione finis prætorii.*» Burchardi, p. 575 entiende estas palabras de otro modo

la restitucion aprovecharía entónces á la caucion y la pérdida caería sobre el acreedor.

Ahora podemos preguntar cuáles son los medios que han de emplearse para obtener estos resultados. Hé aquí segun Ulpiano el camino más seguro. El menor pide al mismo tiempo la restitucion contra el acreedor y contra la caucion, y encontrándose las partes todas en presencia unas de otras, el Pretor está obligado á determinar la que debe sufrir la pérdida (*p*).

Pero puede suceder que el menor no adopte este procedimiento y que se limite á exigir la restitucion contra el acreedor ó permanezca algun tiempo sin obrar, lo cual, en ámbos casos, impediría á la caucion hacer valer su derecho al beneficio de la restitucion. Es necesario entónces que la caucion pueda inmediatamente ejercitar su recurso contra el menor (nota *f*), no para obtener una indemnizacion, pues nada ha satisfecho, y en todo caso la restitucion del menor la excluiría, sino para obligar al menor á restituirle, es decir, á cederle la restitucion y despues oponerse al acreedor. Este recurso, equitativo y que no causa ningun perjuicio al menor, es admitido por Paulo, no en el caso de la caucion, sino en el siguiente que es el de todo punto parecido y debe ser juzgado segun los mismos principios. Si un menor que ha entablado por otro una *negotiorum gestio* comete negligencia, puede hacerse restituir y preservar así de todo peligro á aquel cuyos negocios administraba. Pero si el menor no exige la restitucion, éste puede hacérsela ceder y provocarle por si mismo (*q*).

§ CCCXXXVI.—*Restitucion. —Personas que figuran en esta especie de instancia.* (Continuacion).

La persona del *obligado* en materia de restitucion (§ 335) no es tan fácil de determinar como la del titular, vista la multitud de relaciones de derecho que puede abrazar el restablecimiento de un estado de cosas anterior. Si el perjuicio

---

(*p*) L. 13, pr., de min. (IV, 4): «Unde tractari potest, minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem, an et adversus fidejussorem implorare debeat? Et puto totius adversus utrumque; causa enim cognita et præsentibus adversariis, vel si per contumacian desint, in integrum restitutiones perpendendœ sunt.»

(*q*) L. 24, pr., de min. (IV, 4); V. nota *c*.

resulta de un contrato, frecuentemente no se trata sino de quitarle su fuerza obligatoria: entónces la otra parte contratante es la sola obligada á sufrir la restitucion, como en el caso de una accion personal. Si se trata de devolver á un ausente la propiedad que le ha sido arrebatada por medio de la usucapion, el poseedor de la cosa, que ordinariamente es tambien el propietario, está obligado, pues contra él es contra quien se ejercita la accion para recobrar la propiedad. Si la restitucion resulta de la aceptacion ó del repudio de una sucesion, se deben considerar como obligados á todos aquellos con quienes el demandante está ligado por una relacion de derecho en su cualidad de heredero. Para expresar esta diferencia se dice ordinariamente que la restitucion es ya *in personam* ya *in rem*. Volveré á tratar de este contraste cuando me ocupe de los efectos de la restitucion (§ 343).

Hay ciertas personas entre las cuales una demanda de restitucion no puede formularse á causa de los lazos personales que las unen al titular del derecho. Estas excepciones tienen analogía con las que protegen á ciertas personas contra el ejercicio de la *actio doli*, pero no deben ser puestas en la misma línea.

Para la restitucion están exceptuados los ascendientes y el patrono del titular. Estas excepciones, cuyas condiciones y límites eran controvertidos antiguamente, fueron reconocidas por Justiniano quien les asignó grandes extensiones (*a*). Para la *actio doli* están igualmente exceptuados los ascendientes y el patrono, como tambien muchas otras personas á las cuales el titular del derecho estaba obligado por su posicion á significarles respeto. Pero para la *actio doli* la excepcion no tiene otro sentido que el de descartar la frase *dolus* y la infamia que llevaba consigo; por lo demás una *actio in factum* conserva á la demanda todos sus restantes efectos (*b*). Para la restitucion, la excepcion tiene un significado más sério; está prohibido dirigirla contra los ascendientes ó el patrono, ni la restitucion ni ninguna otra accion que la supla, porque no se admite sino á aquellos que pue-

---

(*a*) L. 2, C., qui et adv. quos, (II, 42); V. Burchardi, p. 117. 124; Göschen, Vorlesungen, I, p. 540; Puchta. Pandekten, § 107, *d*.

(*b*) L. 11, § 1; L. 12, de dolo, (IV, 3); L. 27, § 4, de min. (IV, 4).

den ejercitar contra sus hijos ó sus manumitidos un derecho susceptible de determinar la restitucion (*c*).

Los autores modernos han querido limitar este favor concedido ó los ascendientes y á los patronos por diversas excepciones, pero ninguna de ellas puede admitirse como tal.

1) Un hijo menor puede sin ninguna duda exigir la restitucion contra una abrogacion que le fuera perjudicial (*d*). Considerar este caso como una excepcion al privilegio de los ascendientes, es caer en un círculo vicioso; en efecto, la admision de la restitucion es la negacion del lazo de parentesco, único motivo del privilegio.

2) Si un padre despues de haber emancipado á su hijo, todavía menor, intenta una accion para establecer que no hubo semejante emancipacion y obtiene una sentencia conforme á su demanda, el hijo puede ciertamente obtener la restitucion contra esta sentencia (*e*). Pero contra la supuesta excepcion que mencionamos se levanta la misma objecion que contra la precedente, porque si á consecuencia de la restitucion, una sentencia contraria establece el hecho de la emancipacion, no hay ya relacion entre el padre y el hijo.

3) Si un padre dá desde luego una cosa á su hijo menor aun, y despues á un tercero, pero con el consentimiento de su hijo, este puede obtener la restitucion contra su consentimiento (*f*). Aquí la restitucion se concede no contra el padre, sino contra el tercero que ha recibido la segunda donacion.

4) Si una sucesion nombra á un hijo menor colocado bajo la patria potestad y entre ellos no existe una misma opinion sobre el valor de la herencia y el hijo la acepta ó la rechaza contrariamente á la voluntad de su padre, puede más tarde hacerse restituir (*g*). Aquí todavía, como en el caso precedente, la restitucion se dá no contra el padre sino contra todas las personas extrañas que tienen derechos en la sucesion.

(*c*) L. 2, C., cit.
(*d*) L. 3, § 6, de min. (IV, 4); V, § 319. nota *p*.
(*e*) L. 2, C., si adv. rem jud. (II, 27).
(*f*) L. 2, C., si adv. don. (II, 30).
(*g*) L. 8, § 1, C., de bon. quæ lib, (VI, 61).

5) Si una madre tutora compromete los intereses de su hijo este se halla protegido por distintos medios jurídicos y, entre otros, por la restitucion (*h*). Tenemos aquí una excepcion verdadera al privilegio de los ascendientes; pero la Novela de Justiniano en donde se encuentra esta disposicion no está acompañada de la glosa y no tiene para nosotros fuerza de ley (*i*).

Nos queda que examinar el caso en que el obligado es él mismo una persona privilegiada, en donde se pregunta si la restitucion puede intentarse contra él.

Presentase desde luego esta cuestion cuando un menor quiere hacerse restituir contra un menor. Aquí de ordinario el perjuicio no existe sino de un lado, por ejemplo, cuando una cosa es vendida demasiado barata sólo el vendedor experimenta un perjuicio y obtiene la restitucion, lo cual no causa ningun daño al comprador relativamente al estado anterior de los hechos. Pero desde que ambas partes esperimentan un perjuicio, por ejemplo, cuando un menor presta dinero á otro menor y este último lo disipa, el prestatario obtiene la preferencia, es decir, que todo permanece en el mismo estado (*k*).

Cuando un ausente adquiere por usucapion la cosa de otro ausente el perjuicio no existe sino de una parte, y la restitucion contra la usucapion no presenta ninguna dificultad (*l*).

Cuando un menor hace un préstamo á un hijo sometido á la patria potestad obtiene la restitucion contra la *exceptio Sc. Macedoniani*, es decir, que el favor concedido á la menor edad obtiene la preferencia en caso de colision con la prohibicion del senado consulto (*m*).

(*h*) Nov. 155 C., 1.

(*i*) V. t. 1, § 17. Göschen no vé en la Novela sino una simple declaracion, lo cual no puedo admitir, porque en realidad fija una restriccion á la antigua ley. Puchta piensa que la restitucion no se admite contra los parientes como tales (L. 2, C., qui et adv. quos) sino cuando figuran bajo otra condicion, la de tutores por ejemplo. Nov. 155). Sin embargo la restitucion no se concedía contra los padres sino á propósito de un contrato en que figurasen ellos, de una usucapion, etc., y nunca por su sola cualidad de padres.

(*k*) L. II, § 6; L. 34, pr., de min. (IV, 4).

(*l*) L. 46, ex quib. caus. (IV, 6).

(*m*) L. II, § 7; L. 34, § 1. de min. (IV, 4); L. 3, § 2, de Sc. Mac. (XIV 6); L. 9, pr., de j. et facti ignor. (XII, 6).

Desde el momento en que un menor abandona un crédito aceptando el compromiso de una mujer, se le dá, como á cualquiera otro, su primera accion, y si el deudor es solvente no experimenta ningun perjuicio. Pero si es insolvente el menor es restituido, es decir, que el favor concedido á la menor edad obtiene la preferencia en caso de colision con las prescripciones del senado consulto Veleyano (*n*).

§ CCCXXXVII.—*Restitucion.—Procedimiento.*

La restitucion tuvo desde su orígen como carácter especial no poder ser sometida á los trámites del procedimiento ordinario (*ordo judiciorum*); sólo debía conocer de ella el magistrado supremo, es decir, que su instruccion se hacía *extra ordinem* (§ 316, 317).

Así, el que deseaba cambiar el estado de las cosas actual por medio de la restitucion no intentaba una *actio*, porque esta le hubiera conducido ánte un *judex (a)*, sino que pedía una *cognitio*, esto es, una instancia incoada ante el pretor mismo *(b)*. Hé aquí por qué se dice frecuentemente que la restitucion se efectúa por *cognitio*, locucion abreviada pero que no es de todo punto exacta, porque la restitucion se pronunciaba por el decreto del pretor dado sobre la *cognitio* (*c*). Explicaré desde luego cómo se unía una accion á la admision de la restitucion.

De igual modo el demandado no pedía la restitucion por vía de *exceptio*; pero se reclamaba la denegacion inmediata de la accion *(d)*, bien que aquí igualmente una *exceptio* pu-

---

(*n*) L. 12, de min. (IV, 4).

(*a*) L. 24, § 5, de min. (IV, 4). «Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur, totum enim hoc pendet ex Prætois cognitione.» Las palabras *vel cautio* se refieren á los casos en que el pretor imponía una estipulacion, de donde resultaba naturalmente una *actio* (es decir, una *condictio)*; L. 1, § 2, de stip. præt. (XLVI, 5); L. 37, pr., de o. et a. (XLIV, 7). El texto que acabo de citar se refiere directamente á la restitucion de los menores, pero no es ménos aplicable á cualquiera otra restitucion.

(*b*) Cognitionem postulare, impetrare: L. 39, § 6. de proc. (III, 3); L. 3, § 9, de min. (IV, 4), L. 39, pr., de evict. (XXI, 2).

(*c*) L. 29, § 2; L. 47, § 1, de min. (IV, 4); L. 1, C., de off. præ. (I, 39); L. 2, C., si ut omissam (II, 40).

(*d*) L. 27. § 1, de min. (IV. 5).

diera referirse á la restitucion. La misma relacion se presenta para el demandante que podía obtener directamente la repulsa de la *exceptio* prévia de restitucion ó, segun las circunstancias particulares del caso, obtener una *replicatio* como consecuencia de la restitucion *(e)*.

Estas formas abandonadas despues de la abolicion del *ordo judiciorum*, son hoy con mayor razon extrañas al procedimiento actual. Ahora la demanda de restitucion se presenta lo mismo que una accion ó excepcion ordinarias, bien que sea la principal ó un mero incidente con relacion á un proceso cualquiera. Pero como nuestros juristas tendían á fijar esta accion con un nombre cuya apariencia fuere romana, han llamado á la demanda de restitucion *imploratio officii judicis*, sin reflexionar que esta expresion no se encuentra en las fuentes del derecho ni está en armonía con las formas primitivas de la restitucion romana.

La mayoría de las reglas relativas al procedimiento de la restitucion son muy sencillas y no ofrecen dificultad. El que tiene derecho á la restitucion puede pedirla en persona ó por la mediacion de un mandatario *(f)* provisto de un poder especial á este efecto: un poder general sería insuficiente *(g)*. La demanda de restitucion como cualquiera otra instancia judicial no vale sino cuando el adversario ha sido citado formalmente y ha comparecido ó no *(h)*. El que no comparezca puede hacerse representar por medio de un procurador, quien debe prestar caucion como en un litigio ordinario *(i)*. Solo la restitucion contra una falta de procedimiento se concede y no sin frecuencia sin haber oido á la parte contraria *(brevi manu)* *(k)*.

La cuestion más difícil y más controvertida en esta ma-

(e) L. 9, § 4, de jurej. (XII, 2).
(f) L. un., C., etiam por proc. (II, 49).
(g) L. 25, § 1, L. 26, de min. (IV, 4). Sobre el derecho de representacion del padre, segun la L. 29, pr., de min. (IV, 4), V. § 323, nota *p*.
(h) L. 13, pr., de min. (IV, 4); L. 1, C., si ad, dotens (II, 34). El que quiere hacerse restituir contra la aceptacion de una herencia, debe citar como adversarios á todos los acreedores del difunto, L, 29, § 2 de mim. (IV, 4); Nov. 119, C. 6.
(i) L. 26, § 1, de min. (IV, 4).
(k) Puchta, Vorlesungen, p, 216.

teria versa sobre lo que se llama *judicium rescindens y rescissorium* (*l*); he aquí su estado actual:

El fin de la restitucion, ó lo que es lo mismo la reparacion de una lesion por el restablecímiento del estado de cosas anterior puede, segun las circunstancias, alcanzarse de dos modos diferentes.

Algunas veces un decreto del pretor dado despues de una simple *cognitio* consuma la restitucion, no quedando ya cosa alguna que hacer. Esto sucede siempre en el caso de una restitucion entre una omision ó un error en el procedimiento, porque el decreto restablece la parte restituida al estado en que estaba si no habia existido error ni cometídose error. La restitucion de los menores nos ofrece tambien dos ejemplos principalmente. Cuando un menor compra una cosa demasiado cara ó la vende muy barata, su adversario está obligado á devolverle el dinero en el primer caso y la cosa en el segundo, disposicion que repara completamente el perjuicio causado al menor (*m*). Pero esta *cognitio* del pretor puede aplicarse á diferentes cuestiones y dar lugar á muchas instrucciones de las cuales cada una puede motivar un decreto especial, por ejemplo, si hay duda sobre la edad, sobre el hecho de la lesion, ó por último, sobre la relacion existente entre la lesion y la menor edad (*n*).

Tambien algunas veces independientemente del decreto del pretor que pronuncia la restitucion, es necesario otro litigio diferente para dar plena satisfaccion á la parte lesionada. En efecto, en muchos casos la restitucion sirve solo para remover un obstáculo que impide el uso de otro recurso de derecho independiente (accion ó excepcion). Entónces el que espera la restitucion no quiere el restablecimiento directo del estado anterior de cosas que desea, sino recobrar el derecho que le permite hacerse restablecer en dicho estado de cosas. Tenemos aquí, pues, dos procedimientos distintos y en este sentido se puede llamar á la restitu-

---

(*l*) Burchardi ha tratado la cuestion detalladamente, § 24, 25, 26, en donde cita y emite las opiniones de un gran número de autores.

(*m*) L. 24, § 4, de min. (IV, 4); L. 39 § 6, de proc. (III, 3); L. 39, pr. de ac. (XXI, 2): «Fundus prætoria conditione ablatus.»

(*n*) L. 39, pr., de min. (IV, 4).

cion un recurso condicional, porque la parte lesionada no saca realmente ventajas sino á condicion de ganar el segundo litigio.

Al conjunto de estas relaciones es al que se aplican las expresiones técnicas de que me he ocupado ántes. Los autores modernos llaman *judicium rescindens* al litigio sobre la restitucion y que termina en ella (es decir, la *prætoria cognitio*); *judicium rescissorium* al siguiente que la restitucion hizo posible. La primera de estas expresiones es una creacion arbitraria de los autores modernos; la segunda es técnica, auténtica, empleada por los romanos como sinónima de *restitutorium judicium* ó *actio* (*o*); únicamente la frase *rescisoria actio* no se aplica exclusivamente al restablecimiento de una accion por la *in integrum restitutio* pretoriana, aplicándose tambien desde que este restablecimiento se opone directamente en virtud de una regla de derecho civil sin intervencion del pretor (*p*).

El procedimiento que acabo de describir es sobre todo aplicable á la restitucion de los ausentes ó segun los términos del Edicto si se trata de recobrar una accion perdida (§ 325). Pero no está limitado á este motivo de restitucion y frecuentemente es aplicable á los menores; así como á su vez no es siempre necesario para los ausentes.

Ulpiano reconocía este procedimiento como aplicable á los menores en un texto que hacía resaltar perfectamente el contraste de ambas clases de procedimiento (*q*). Dice este autor que la restitucion se concedía algunas veces *in rem* á un menor; por ejemplo cuando la cosa que había vendido á bajo precio se halla por una enajenacion nueva en manos de un tercero contra el cual puede en muchos casos

---

(*o*) *Rescissoria actio;* L. 28, § 5, 6, ex quib caus. (IV, 6); L. 24, C., de R. V. (III, 32); L. 18, C., de j. postlim. (VIII, 51).—*Restituire actio* ó judicium; L. 3, § 1, de eo per quem (II, 10): L. 46, § 3, de proc. (III, 3); L. 7, § 3. quod falso (XXVII, 6).

(*p*) Así, por ejemplo, la mujer que acepta el compromiso de otro no está obligada, pero la accion contra el primer deudor extinguida por el compromiso de la mujer puede considerarse como *rescissoria actio*. sin que haya necesidad de una restitucion ante el pretor, L. 16, C. ad Sc. Vell. (IV, 29). Esta accion se llama en otras partes restitutoria. L. 8, § 9; L. 12, 13, ad Sc. Vell. (XVI. 1).

(*q*) L. 13, § 1, de min. (IV, 4). Sobre este texto vease á Burchardi, p. 443, 444.

exigir la restitucion. Despues añade: et hoc vel cognitione Pretoria, vel rescissa alienatione, dato im rem judicio.

Estas palabras designan las dos especies de procedimiento ántes descritas; el procedimiento simple (*cognitione Prœtoria)* (*r*) y el que desde luego consiste en una restitucion contra la enajenacion y además como consecuencia de la restitucion en una accion de propiedad llevada ante el *judex*. Los dos procedimientos están relacionados á este texto, de tal suerte que segun las circunstancias uno ú otro son igualmente aplicables á una misma especie (*s*).

De otra parte el segundo procedimiento no era siempre indispensable para los ausentes, y algunas veces bastaba la simple *cognitio*, siendo adoptado más tarde este método para numerosos casos con preferencia. Se prueba esto por el siguiente texto de Calistrato (*t*), que de ordinario ha sido mal comprendido:

Hoc edictum, quod ad eos pertinet quí es continentur, minus in usu frequenatur; hujusmodi enim personis extra ordinem jus dicitur ex senatus consultus et principalibus constitutionibus.

La nueva instruccion *extra ordinem* estando aquí representada como formando contraste con el antiguo sistema trazado por el Edicto, podría dar facilmente motivo á crer que nuestro jurisconsulto vé una especie *de ordinarium judicium* en el antiguo procedimiento de la restitucion tal como resultaba del Edicto. Pero quiso más bien decir que en parecidas circunstancias se termina desde luego por una simple *cognitio*, esto es, *extra ordinem*, no teniendo necesidad de ser seguido de una *actio* especial *(u)*. Además no debe darsele á las expresiones de Calistrato un sentido de tal modo general que la innovacion abrazase todos los casos del Edicto sobre los ausentes. Trátase aquí sin duda

---

(*r*) Aquí es necesario sobreentender *sola* cognitione, porque la rescissio alienationis mencionada para el segundo caso no tenía nunca lugar sino despues de la *cognitio* pretoriana.

(*s*) Una doble forma de procedimiento aplicable al mismo proceso se encuentra tambien en la L. 9, § 4, de jurej. (XII, 2) (nota *e*), solo que se trata en esta ley no de una accion, sino de una réplica.

(t) L. 2, pr., ex quib. caus. *(*IV, 6), V. Burchardi p. 466 468.

(*u*) El: *Extra ordinem jus dicitur* tiene, pues, aquí el mismo sentido que en el texto precedente, el *sola* (*cognitione*) *Prœtoris (*nota *r*).

de uno de los numerosos privilegios jurídicos concedidos á los soldados, á quienes se debía restablecer en sus derechos de la manera más pronta y fácil, siendo esto lo que tenía lugar cuando el pretor pronunciaba sobre sus intereses *extra ordinem*. No existía ningun motivo jurídico ó político para extender el mismo favor á otros ausentes, tales como los desterrados y los que habían perdido su libertad. Del mismo modo tambien en el caso inverso (la restitucion *contra* los ausentes) se continuó ciertamente siguiendo el antiguo procedimiento *(v)*.

Resulta de esta investigacion que en muchos casos el primer procedimiento (el sencillo) era el único posible, y que en otros el segundo el posible, pero no obsolutamente necesario. El pretor tenía seguramente el derecho de determinar cuál era el más apropiado á cada caso (*w*), pero la parte lesionada podía desde luego reclamar uno ú otro (*x*). Podemos admitir como probable que en tanto que subsistió el antiguo *ordo judiciorum* no se distrajó nada de su dominio sin necesidad, y así que se aplicó el segundo procedimiento á ménos que un motivo grave no lo impedía y recomendaba el otro procedimiento.

El derecho moderno presenta la diferencia de que es siempre uno mismo el juez que debe conocer de la restitucion y de la accion que puede ser su consecuencia. El procedimiento sobre estas dos cuestiones de derecho puede sin duda alguna juntarse, acumularse desde su orígen y exigirlo las partes para la terminacion de sus diferencias. De otro lado no es más dudoso que las circunstancias especiales no pueden exigir la separacion total de ambas acciones, y que desde que así sucede no se permite fallar definitivamente sobre el *judicium rescindens* ántes de entablar el *rescissorium (y)*.

(*v*) Esto es lo que indican los términos únicos del texto: «*Hujusmodi enim personis* extraordinem jus dicitur;» lo cual no tiene lugar cuando un presente exige la restitucion contra un ausente.

(*w*) Burchardi, p. 464-470. Este autor nos da en la p. 443 un ejemplo del modo como esta eleccion podía hacerse en un caso especial.

(*x*) Tal es el sentido de la proposicion extrema de varios autores de que las dos formas de procedimiento relativas á la restitucion podian acumularse en derecho Romano. Burchardi, p. 461 464.

(*y*) Burchardi, § 26; Göschen, Vorlesungen, p. 541.

A una nocion exacta del *judicium rescindens* y el *rescissorium* Puchta añade lo que sigue. Pretende que el pretor podía tambien dividir el *rescindens*, y por ejemplo, sacar de la restitucion por causa de violencia dos cuestiones distintas: una cuestion de derecho sobre la lesion y en relacion con la violencia (pretendida), cuestion que él mismo decidía (hipotéticamente); una cuestion de hecho sobre la existencia de la violencia, cuestion que abandonaba á la prudencia de un *judex*. Tales son, segun él, los límites extremos de la restitucion, y así es como principalmente se habría tratado la *actio quod metus causa* (z). Esta explicacion mucho más sutil no me parece sino una tentativa poco honrosa para conciliar de una parte las restituciones verdaderas y lo que se llama las acciones de restitucion, y de otra para justificar la reunion (no fundada) de estas dos clases de medios jurídicos. Cuando el pretor se decidía á considerar una cosa como objeto de restitucion, decretaba completamente y sólo sobre la restitucion, dando despues á lo sumo una *actio*. No tenemos, pues, en absoluto ningun motivo para admitir que en el antiguo derecho parte alguna de la cuestion de la restitucion haya sido nunca remitida á un *judex*.

§ CCCXXXVIII.—*Restitucion.—Procedimiento.—(Continuacion).*

Del mismo modo que existen para el derecho de accion propiamente dicho causas de extincion determinadas (*a*), del mismo modo el derecho á la restitucion, que sino es identico es al ménos análogo al derecho de accion, está sometido á dos causas especiales de extincion: el desistimiento y la prescripcion.

I) Desistimiento.

Si el desistimiento por la generalidad de su naturaleza (§ 302) traspasa en mucho los límites de la restitucion, su aplicacion á la misma exige sin embargo aquí un estudio particular.

El que ya ha reclamado su derecho á la restitucion pue-

(z) Puchta, Pandekten, § 105: Institutionem, § 117.
(*a*) Véase t. IV. § 230-255.

de renunciarlo por una manifestacion expresa de voluntad: esto se llama *desistere*. Ahora, para que así suceda no basta la suspension simple del procedimiento, es necesario que el titular renuncie enteramente su derecho (*b*).

Pero la aplicacion (*comprobatio* ó *ratihabitio*) posteriormente dada al acto contra el cual se ejerce la restitucion (*c*), equivale á una renuncia expresa. Se debe tambien atribuir el mismo efecto á los actos que se encontraren en contradiccion con el fin y el resultado de la restitucion pronunciada. Así, por ejemplo, cuando un menor despues de haber dejado pasar el plazo de una *B. P. contra tabulas* y demandado su restitucion contra esta negligencia, viene despues á reclamar un legado en virtud del mismo testamento, la restitucion se hace imposible; porque la reclamacion del legado implica la validez del testamento (*d*).

Por lo demás todos estos actos no anulan el derecho á la restitucion, sino cuando son hechos en una época en que el estado particular que motivó la restitucion no existe. Así, para renunciar válidamente á un derecho de restitucion fundado sobre la mayor edad, es necesario ser mayor; de otro modo la renuncia estaría sujeta á restitucion como el acto primitivo que la restitucion debía anular. Lo propio sucede con la renuncia á una restitucion por causa de violencia, cuando es hecha bajo la presion de la violencia misma que motivaba la restitucion no es válida, sino cuando se hace en un estado completo de libertad.

La aplicacion de esta última regla ofrece dudas y dificultades cuando el acto jurídico se continúa durante un cierto tiempo, manifestándose por muchos actos distintos: sobre este punto Ulpiano no es siempre consecuente consigo mismo. Si un menor efectúa un contrato que abraza muchos actos sucesivos, y llegado á la mayor edad cumple algunos de los actos ordenados en el contrato, esto equivale á una ratificacion y la restitucion se hace imposible (*e*). Si un menor emprende un litigio y la sentencia dada despues de su mayor edad le es desfavorable, no puede exigir la

---

(*b*) L. 20, § 1, de nim. (IV, 4); L. 21, eod. «Destitisse autem is videtur, non qui distulit, sed qui liti renunciavit in totum.»
(*c*) L. 3. § 1, de min. (IV. 4); L. 1, 2, C. si major factus (II, 46).
(*d*) L. 30, de min. (IV, 4).
(*e*) L. 3, § 1, de min. (IV, 4).

restitucion contra esta sentencia, sino en el caso excepcional en que su adversario, valiéndose de medios desleales prolongue el pleito y difiere así el pronunciamiento de la sentencia (*f*). El menor que acepta una sucesion onerosa y despues de su mayor edad reclame deudas de la sucesion, puede, sin embargo, hacerse restituir contra su aceptacion, porque se le refiere al orígen de la série de actos por él hechos como heredero (*g*).

1) Prescripcion (*h*).

Parece muy natural considerar la prescripcion de la restitucion como una simple aplicacion de la prescripcion de las acciones y, desdè entónces, como sometida á las mismas reglas. Sin embargo; este pensamiento es de todo punto extraño al derecho romano, y en su espíritu la prescripcion de la restitucion tiene mucha más afinidad con una falta del procedimiento que con la prescripcion de las acciones (*i*). Segun el derecho actual, la restitucion, sobre todo en lo que toca al procedimiento, se refiere mucho á una accion ordinaria (§ 337); sin embargo, no valdría limitarse á extender á la restitucion las reglas de la prescripcion de las acciones; desde luego esto sería frecuentemente imposible por motivos fundados en la naturaleza misma del asunto, y además porque las decisiones del derecho romano acerca de la prescripcion de la restitucion toman como punto de partida la diferencia total entre estas dos instituciones.

Hé aquí, desde luego, una diferencia radical. La prescripcion se aplica no sólo cuando la restitucion sirve de medio de ataque, obrando así como obraría una accion, sino tambien cuando sirve de medio de defensa, es decir, para cubrir una excepcion perdida ó rechazar una accion que se le concede el lugar de excepcion. Para aprovecharse

---

(*f*) Aquí es necesarío suponer, y tal es sin duda el pensamiento de Ulpiano, que la sentencia ha sido dada inmediatamente despues de la época en que el menor ha llegado á la mayor edad, y que desde entónces no haya tenido tiempo de reconocer el perjuicio que le causa el procedimiento emprendido y de poner remedio.

(*g*) L. 3, § 2, eod. «...putavimus tamen restituendum in integrum, initio imputo.» No veo como se puede conciliar esta decision con los principios generales, y sobre todo, en la decision relativa á la bonorum posseso (nota *d*).

(*h*) Burchardi, trata el asunto con pormenores, § 27. V. Unterholzner, Verjährungslehre, § 151, 155.

(*i*) V. t. IV; § 178, t. IV, p. 280.

de semejante excepcion el que tiene el derecho á la restitucion, debe exigirla en el término de cuatro años, aún cuando su adversario no intentara la accion y la necesidad de una excepcion no se hiciera presente de un modo directo. La necesidad de observar los plazos de la restitucion no debe confundirse con la prescripcion de una excepcion como tal prescripcion que por su naturaleza es imposible *(k)*.

Hemos visto ántes una aplicacion importante de una excepcion análoga. Aquél á quien la usucapion ha despojado de su propiedad durante su ausencia y despues de su vuelta entra en posesion de ella por una circunstancia accidental, tiene necesidad para defenderse, no de una accion, sino de una excepcion (§ 330, *r*). Pero para oponerla útilmente en una época posterior debe hacer constar su derecho por medio de la restitucion en un plazo de cuatro años.

Supongamos ahora que este antiguo propietario pierde de nuevo la posesion ántes de haber incoado el proceso; se encuentra en su primera posicion y tiene necesidad de la restitucion como base y garantía de la accion que va á ejercer contra el que ha consumado la usucapion, como he explicado ántes. Parece esto contradicho por un texto de Paulo segun el cual la nueva accion no sería ya comprendida en los términos de la restitucion (*l*). Para poner en armonía este texto con los principios generales, es necesario suponer que Paulo habla de la accion que hay que ejercitar entre un tercer poseedor y no contra el que ha consumado la usucapion. En efecto, si se intenta la *Publiciana* contra un tercero, no podrá ciertamente oponerle la *exceptio dominii*, porque no ha consumado la usucapion; para desposeerlo no hay, pues, necesidad de la restitucion, y desde que así sucede no hay que observar plazo alguno.

(*k*) V. t. IV, p. 207, 208. Esta necesidad de observar los plazos de la restitucion para el caso de la menor edad, es expresamente reconocida por Ulpiano en la L. 9, § 4, de jurej. (XII, 2).

(*l*) L. 31, ex quib. caus. (IV, 6): «Si is, cujus rem usucepit reip. causa absens, possessionem suæ rei ab illo usucaptæ nactus sit, etsi postea amiserit, non temporalem, sed perpetuam habet actionem.» La glosa resuelve la dificultad diciendo que el antiguo propietario había efectivamente demandado y obtenido la restitucion, y más tarde entrado en posesion. Pero entónces la cosa sería demasiado evidente para que tuviese necesidad de ser expresada.

§ CCCXXXIX.—*Restitucion.—Procedimiento.* (Continuacion).

Pasemos ahora á exponer las condiciones de esta restitucion presentándolas, en tanto que me sea posible, en el mismo órden que las de la prescripcion de las acciones (*a*), á fin de que su comparacion sea más fácil. Dichas condiciones se refieren al principio, á la interrupcion y al cumplimiento de la prescripcion.

1) El principio de esta interrupcion está subordinado á la naturaleza del motivo de la restitucion, el cual puede presentarse en general como un estado especial (anormal) que justifica el empleo de este recurso de derecho ordinario (§ 320). La prescripcion comienza, pues, desde el momento en que cesa este estado anormal, no ántes ni despues. Para los casos más numerosos é importantes, la regla no ofrece duda alguna: vamos á examinar bajo este respecto sucesivamente las diferentes causas de restitucion.

La que está determinada por la menor edad prescribe á partir desde los veinticinco años cumplidos (*b*); si el menor es declarado mayor ántes, á partir desde esta última época (*c*). Pero esto no quiere decir que el menor no pueda ántes de su mayor edad pedir la restitucion, puede reclamarla en todo tiempo (*d*); explicándose así cómo puede hacerse restituir contra una primera restitucion decretada sobre una demanda prematura (§ 319, nota *u*).

La restitucion por causa de ausencia se prescribe desde el momento mismo en que cesa el obstáculo que impedía el ejercicio del derecho (*e*), así, en general, desde que el ausente volvía á su residencia ordinaria.

La restitucion por causa de violencia, debe, segun el mismo principio, comenzar á prescribir desde el instante en que cesa el imperio del temor, es decir, desde que la parte lesionada ha recobrado la plena libertad de sus actos. Las dudas que se levantan acerca de este punto no pueden ser

(*a*) V. t. IV. § 239-247.
(*b*) L. 7, pr., C., de temp. (II, 53).
(*c*) L. 5, pr. C. de temp. (II, 53).
(*d*) L. 5, § 1, C. de int. rest. min. (II. 22).
(*e*) L. 1, § 1, ex quibus caus. (IV, 6), «intra annum quo primum de ea re exponendi potestas erit.» L. 7, § 1. C. de temp. (II. 53).

exclarecidas sino cuando me ocupe del cumplimiento de la prescripcion. Pero desde este momento puedo adelantar que la fijacion del punto de partida no tiene en la práctica sino una importancia muy secundaria. En efecto, puede suceder muy bien que el acto impuesto por la violencia, y al cual se refiere la restitucion, sea un acto aislado y fugitivo. De otra parte, no se comprende bien que el imperio del temor se prolongue durante la totalidad ó durante parte notable del plazo de la prescripcion, porque en un lapso tal de tiempo, aquel que sufre la violencia tendrá casi siempre la facultad de recurrir á la autoridad judicial ó á la policía para recobrar su libertad.

La restitucion por causa de fraude debe igualmente comenzar á prescribir desde el momento en que cese el estado anormal, el error mantenido en el espíritu de la parte lesionada por la mala fé del adversario. Cuando trate del cumplimiento de la prescripcion volveré sobre las dudas que este punto hace nacer. Lo que he dicho del poco interés práctico de esta fijacion no es aplicable al fraude, porque el error, que es el resultado de aquél, puede prolongarse mucho tiempo, y así su influencia no se limita á actos aislados y pasajeros.

En virtud del mismo principio, la restitucion por causa de error comienza á prescribir desde que la parte lesionada ha reconocido su error. Aquí la cuestion ofrece ménos interés, no sólo porque esta restitucion es en sí poco importante, sino tambien porque se aplica casi únicamente á faltas del procedimiento, y es raro que en esta materia quepa dificultad sobre la prescripcion de la restitucion.

Ahora este principio sobre el comienzo de la prescripcion es de todo punto inaplicable á los motivos de restitucion que tienen un carácter permanente y no son accidentales y pasajeros como los de que hemos venido ocupándonos. Tal es la restitucion de las ciudades, de las iglesias y de los conventos, que siempre conservan su aptitud para la restitucion. No tenemos aquí otro medio que hacer comenzar la prescripcion en el momento mismo de la lesion que motiva la restitucion. Este principio, incontestable en sí, es aplicado por una ley á las iglesias *(f)*.

(f) C. 1, de rest. in VI (I, 21): «si quadriennii spatium *post* sit lap-

Hemos visto que de ordinario la prescripcion comienza en el momento mismo en que cesa el estado anormal que motiva la restitucion, y por excepcion en el momento de la lesion. Segun una opinion muy extendida, en estos dos casos es necesario todavía para comenzar la prescripcion otro requisito, que la parte lesionada tuviera conocimiento de la lesion (*g*).

Algunos autores erigen este principio en regla general y le extienden al derecho romano. Bajo esta forma debe ser absolutamente rechazado, porque se refiere á errores, tanto sobre una condicion parecida para la prescripcion de las acciones, como sobre la expresion técnica de los romanos *experiundi potestas*.

Otros refieren exclusivamente al derecho canónico el principio que relativamente á las iglesias exigiría el consentimiento de la lesion para el principio de la prescripcion, sea que limitasen la regla á las iglesias, sea que le atribuyesen al derecho canónico un carácter de generalidad, considerando la mencion hecha á propósito de las iglesias sólo como una circustancia puramente accidental (*h*).

Pero en realidad el derecho canónico no asienta este principio como regla general ni como regla especial á las iglesias. Se ha creido encontrarlo en este texto: «Eclesia quæ... beneficium restitutionis in integrum... *negligenter* amiserit;» (*i*) es decir que no había negligencia sino cuando la iglesia conocía la lesion y sin embargo no formulaba la demanda. Mas para interpretar así este texto, es necesario desconocer por completo la esencia de esta institucion. Bajo el punto de vista del derecho romano, todo menor que llegaba á la mayor edad, todo ausente que ha vuelto, debe tomar conocimiento del conjunto de sus negocios, á fin de descubrir las lesiones que hubieran podido sufrir y ponerles re-

---

sum» (es decir, post sententiam vel contracturus). C. 2, eod. «infra quadriennium *ab ipsius confessionis tempore* computandum.» Clem. un. de rest. (I, 11): «infra quadriennium continuum *a tempore lesionis*.»

(*g*) V. t. IV, p. 434-435; t. IV, p. 184; Glück, t. VI, § 465, nota 3; Burchardi, p. 517-524; Puchta, Pandckten, § 105, *e*.

(*h*) Burchardi, p. 523, se expresa á este propósito de una manera vaga (al ménos en lo que concierne á la restitucion de las iglesias).

(*i*) C., 1. de sest. in VI (I, 31) casi en los mismos términos. C. 2, cod.

medio. Se cree que para esto bastan cuatro años (otras veces uno) y el que en este plazo no ha descubierto una lesion, se considera como negligente é incurre en la prescripcion, y no solamente, si despues de haber descubierto la lesion es bastante negligente para no entablar su demanda (*k*). He aquí como es necesario entender estas expresiones del derecho canónico: *negligenter omiserit*, porque no tenemos ninguna razon para admitir que los papas hayan desconocido los principios del derecho romano en esta materia ó hayan querido derogarlos.

Así, pues, el conocimiento de la lesion es una circunstancia de todo punto indiferente para el principio de la prescripcion. Hay, sin embargo, dos motivos de restitucion en donde el estado anormal cuyo término se exige para que la prescripcion pueda comenzar, es precisamente el conocimiento imperfecto que la parte lesionada tiene del estado verdadero de las cosas. Ambos motivos de restitucion son el fraude y el error. No comenzando la prescripcion sino cuando la parte lesionada no está bajo el imperio de la decepcion ó del error y estas dos circunstancias, como en otros casos la menor edad ó la ausencia, son las que impiden rechazar el daño y que piden una proteccion especial. No encontramos por consiguiente aquí ninguna excepcion á los principios ántes asentados, sino por el contrario su aplicacion pura y simple (*l*).

La confirmacion directa de lo que acabo de decir se nos ofrece por un texto del derecho canónico. Cuando una iglesia experimenta un perjuicio á consecuencia de una declaracion judicial, tiene como iglesia cuatro años para hacerse restituir de tal decision. Pero si consigue establecer que esta se fundaba en un error y que por tanto lo que pide es la restitucion (como podía hacerlo cualquiera otro) (§ 331), no se sujeta á dicho plazo (*m*). Lo cual significa que el pla-

---

(*k*) Lo propio acontece para el principio de la prescripcion, con la diferencia de que como no podría continuarse sobre la casacion de un estado anormal la prescripcion comienza siempre con la violacion del derecho.

(*l*) Esto no podría aplicarse á la restitucion por causa de violencia, porque no se concibe que nadie pudiese ser obligado á verificar un acto sin saber que este acto le es perjudicial.

(*m*) C. 2, de restit. in VI (1, 31).

zo concedido para la restitucion no se cuenta á partir de la decision judicial (la lesion), sino desde el descubrimiento del error. Este texto nos ofrece al mismo tiempo la refutacion completa de la opinion que combato y que atribuye á las iglesias un privilegio especial tocante al punto de partida de la prescripcion.

§ CCCXL.—*Restitucion.—Procedimiento.* (Continuacion).

2) Duracion no interrumpida de la prescripcion.

Para la restitucion como para las acciones la segunda condicion de la prescripcion es la duracion sin interrupciones. Veamos ahora en lo que consiste una interrupcion.

Desde luego hay interrupcion desde el momento en que el término del estado anormal que marca el principio de la prescripcion se reproduce ántes de que la prescripcion haya terminado. Esto no es posible para la menor edad, pero sí para la ausencia. Si pues un ausente vuelve á su domicilio y despues se aleja antes de que la prescripcion se haya cumplido, y renueva muchas veces estas alternativas de ausencia y presencia, este caso puede ser tratado de dos modos diferentes. Primeramente cabe adicionar todas las fracciones de tiempo y considerar la prescripcion como cumplida desde que dicha reunion dé un tiempo igual al del plazo fijado. En segundo lugar no se puede estimar la prescripcion como cumplida sino cuando el tiempo se prolongue durante todo el plazo exigido para la prescripcion. Este segundo computo, el más favorable al ausente debe ser preferido (*a*). Así se admite que el ausente debe tener despues de su vuelta el plazo entero y completo de la

---

(*a*) L. 28, § 3. ex quibus caus. (IV, 6). El sentido de este texto se contiene en su principio: «Si quis sæpius reip. causa adfuit, *ex novissimo reditu* tempus restitutionis esse ei computandum. Labeo putat.» en donde se supone naturalmente que no ha pasado más de un año en su domicilio desde la ausencia durante la cual la usucapion la hizo experimentar una pérdida. Segun las palabras que siguen se podrían ver que era necesario adivinar las diversas ausencias, pero esto es una circunstancia indiferente. Así, pues, las palabras: *si omnes quidem absentiæ annum coligant* designan de un modo poco exacto el tiempo de presencia trascurrido desde cada una de las ausencias, tiempo durante el cual solo la prescripcion puede correr. Cujus, Observ. XIX, 15, dice con razon que *absentiæ* equivale aquí á *intervalla absentiarum.*

prescripcion para examinar la influencia que el pasado ha podido ejercer sobre sus negocios y prevenir las consecuencias adversas.

Además la interrupcion puede resultar del uso que la parte lesionada ha hecho de su derecho á la restitucion. Si aplicamos aquí las reglas establecidas para la prescripcion de las acciones, la interrupcion se elevaría á la insinuacion de la demanda de restitucion (*b*). Pero Justiniano dice expresamente que el litigio concerniente á la restitucion debe, no solo ser empeñado, sino terminado completamente en los plazos de la prescripcion, y que sin esto el derecho á la restitucion no existe (*c*).

Esta disposicion, por estraña que pueda parecernos, no es una innovacion arbitraria de Justiníano; es conforme á las leyes imperíales anteriores (*d*) y aun los antiguos jurisconsultos la admiten en principio, pues que consideran que la espiracion del plazo ántes del fin del proceso sobre la restitucion, no tiene lugar sin inconveniente, á no ser que la prolongacion del litigio pueda imputarse al adversario (*e*). Esta disposicion se refiere á la prescripcion del procedimiento del antiguo derecho, tanto más natural cuanto que la demanda de restitucion se instruia siempre por una simple *cognitio* ante el pretor, procedimiento que ciertamente era muy expedito.

La disposicion es de todo punto inaplicable al procedimiento actual, y en todo tiempo la práctica ha estado unánime en no conformarse (*f*). La interrupcion de la prescripcion resulta por consiguiente de la insinuacion de la demanda y á este respecto la prescripcion de la restitucion está colocada absolutamente en la misma línea que la prescripcion de las acciones.

3) Cumplimiento de la prescripcion.

En su orígen la prescripcion se cumplía en un año, pero

(*b*) Vease t. IV, § 244.

(*c*) L. 7, pr. C. de temp. (II, 53): «continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem *finiendamque litem.*» Esto es repetido y confirmado en la Clem. un. de rest. (I, II).

(*d*) Burchardi, p. 503- 506.

(*e*) L. 39, pr., de min. (IV, 4).

(*f*) Burchardi, p. 507; Göschen, Vorlesungen, p. 543.

annus utilis, lo mismo para los mayores que para los menores *(g)*. Este plazo, cuando se habla de menores, se llama *legitimum tempus (h)*, sin duda porque ha sido tomado de la *Lex Plætoria* para aplicarse á la restitucion (*i*).

Constantino hizo sobre el tiempo de la prescripcion reglamentos numerosos y complicados (*k)*. Justiniano lo refirió todo á una regla muy sencilla y de fácil aplicacion: órdenó que la prescripcion de las restituciones se cumpliera, no como otras veces por un *annus utilis*, sino por cuatro años ordinarios del calendario (*cuad riennium continuum*) *(l)*. Relativamente á los menores declarados mayores ordenó por una ley especial que su restitucion por lesiones anteriores no prescribiese ántes de los veinticinco años, de suerte que en este caso la prescripcion pudo algunas veces durar más de cuatro años (*m*).

Muchos autores aplican sin razon la prescripcion nueva de cuatro años de Justiniano á lo que se llama las acciones de restitucion (*n*); lo cual es tan sólo una consecuencia de la falsa doctrina que confunde estas acciones con la restitucion, doctrina que hé combatido ántes (§ 316). Otros se engañan igualmente cuando refieren la prescripcion de los cuatro años, no solamente al *judicium rescindens* sino tambien al *rescisiorum*, de suerte que para cada uno de estos recursos jurídicos existiría una prescripcion especial de cuatro años (*o*). Dichos autores desconocen completamente la naturaleza de ambas instituciones. El solo, el único proceso sobre la restitucion es el llamado *rescindens* y á éste es al que se refieren los cuatro años. El *rescissiorum* es una accion ordinaria, cuya especie nada nos la determina, y que por consecuencia puede ser, segun su naturaleza, sometida

---

(*g*) L. 19, de min. (IV, 4); L. 7, pr. C., de temp. (II, 53) (para los menores): L. 1, § 1, L. 28, § 3, 4, ex quib. caus. (IV, 6) (para los mayores).
(*h*) L 19, de min. (IV, 4); L. 6, pr. C., de temp. (II, 53).
(*i*) Zeitschorift, f. gosch. Rechtsw. vol. X. p. 253. Es sin razon como Burchardi, p. 499. refiriese esta frase al Edicto del pretor.
(*k*) Burchardi, p. 500 501.
(*l*) L. 7, pr. C., et temp. (II, 53).
(*m*) L. 5, pr. C., de temp. (II, 53).
(*n*) Burchardi. p. 513, 514.
(*o*) Burchardi, p. 507, 508.

ya á una prescripcion ya á otra (*p*); aquí no había necesidad de ninguna disposicion nueva.

De otra parte la prescripcion de cuatro años se aplica á todas las restituciones (*q*). En lo que toca á las más importantes, las motivadas por menor edad ó ausencia, ya he hablado ántes (notas *g*, *l*). Voy ahora á ocuparme de la violencia y del fraude, encontrando al mismo tiempo resuelta la cuestion que he asentado más arriba (§ 339) sin resolverla sobre el principio de la prescripcion en estos dos casos.

La *actio quod metus causa* prescribe por un *annus utilis* desde el momento en que el acto violento se hubo cometido; parece inconsecuente conceder durante cuatro años la restitucion contra el mismo acto de violencia. Pero la prescripcion de un año no extingue la accion sino en lo que toca á la cuádruple indemnizacion: cuando la *actio quod metus causa* no tiene por objeto sino la indemnizacion simple es imprescriptible (*r*). Además, no obrando nunca la restitucion sino sobre la indemnizacion simple, se podia sin inconsecuencia alguna dejar la eleccion entre la accion imprescriptible y la restitucion que se prescribe por cuatro años.

Segun la ley de Constantino la *actio doli* prescribe por dos años, que comienzan á contarse desde el momento en que el fraude ha sido cometido sin ninguna consideracion al conocimiento que pudo tener la persona contra quien se ejercita (*s*). Aquí parece todavía inconsecuente conceder además la restitucion durante cuatro años á partir desde el descubrimiento del fraude (§ 339). Pero la prescripcion de dos años (otras veces de uno) se aplica únicamente á la *actio doli* que es infamante; pues existe para obtener la reparacion del daño una *actio in factum* que es imprescriptible

---

(*p*) Esta prescripcion no pudo comenzar nunca síno despues de obtenida la restitucion, porque la accion ántes extinguida no data sino desde esta época (nata est). Pero no hay casi nunca cuestion sobre esta prescripcion, porque de ordinario el que exige la restitucion ejerce inmediatamente la accion así recobrada.

(*q*) Burchardi, p. 509, 514. Pero no como lo pretende este autor pàra la restitucion contra la *capitis deminutio*, que en el antiguo derecho no estaba sometida á ninguna prescripcion y que no existe en derecho nuevo (§ 333).

(*r*) L. 18, § 1, 2, quod metus (IV, 2).

(*s*) L. 8, C., de dolo (II, 21).

y que no ataca al honor (*t*). No hay, pues, inconsecuencia en colocar al lado de esta accion una restitucion que tienda al mismo fin, prescribiendo á los cuatro años; no debiendo admirarnos más si la *actio in factum* no puede esperar sino el beneficio realizado por el demandado y si esta restriccion no existe para la restitucion.

§ CCCXLI.—*Restitucion.—Procedimiento.*—(Continuacion).

Relativamente á la prescripcion de la restitucion vamos todavía á examinar diversas cuestiones bastante complicadas á consecuencia de la concurrencia de numerosas causas de restitucion. En tales casos la prescripcion tiene diversos puntos de partida, tratándose entónces cómo deben combinarse las diversas restituciones para fijar la suerte de la restitucion en general.

Este concurso de muchas restituciones puede presentarse relativamente á una sola persona ó á muchas, desde que una de las restituciones ha sido trasmitida por sucesion á otra persona (335).

I) Cuando muchos motivos de restitucion existen á la vez con respecto á una misma persona, la primera cuestion que hay que resolver es la de saber si se puede exigir contra la prescripcion de una restitucion una restitucion nueva. Los autores la resuelven negativamente fundándose en dos razones sacadas la una del principio general de que la restitucion no tendría término, la otra de un texto formal de Ulpiano: Sc. L. 20, pr., de minor. (*a*). Pero ninguna de estas causas es fundada: yo resuelvo la cuestion afirmativamente.

En efecto no hay ningun peligro en ver la restitucion reproducida indefinidamente, como lo prueba el exámen de todos los casos posibles de esta especie, que de otra parte no se presentan de ordinario; además el texto de Ulpiano tiene un sentido muy diferente segun demostraré desde luego.

Ante todo, los casos en que la menor edad es el último

(*t*) L. 28, de dolo (IV, 3).
(*a*) Burchardi, p. 134, Puchta, Pandekten, § 107. *k*; Vorlesungen, página 216.

motivo que se invoca, no presentan ninguna dificultad. Supongamos que un ausente ha adquirido un bien por usucapion y que cuando vuelve á su residencia el antiguo propietario tiene veinte años; la restitucion por causa de ausencia prescribe á los cuatro años y se podría exigir si la parte lesionada es en derecho, como menor, apto para demandar esta restitucion contra la prescripcion. Pero la cuestion es de todo punto ociosa, porque siendo la restitucion de los menores la más larga de todas, puede la parte lesionada hasta la edad de veintinueve años exigir directamente como menor la restitucion contra esta usucapion, y en su ausencia la prescripcion ya cumplida y la restitucion contra esta prescripcion tiene circunstancias absolutamente diferentes.

Pasemos ahora al caso inverso, aquel en que la menor edad no es el ultimo motivo de la restitucion invocada. Supongamos un menor ausente que se hace mayor durante su ausencia, y habiendo hecho (sea ántes sea durante su ausencia) un contrato que le perjudica. A la edad de treinta años vuelve á su domicilio. Su restitucion prescribe despues de un año; y se pregunta si puede hacerse restituir contra esta prescripcion. Ulpiano, de acuerdo con Papiniano (*b*), se declara por la negativa, porque dice que la ausencia no debe ser tomada en consideracion, y he aquí precisamente el texto segun el cual se pretende que nunca fué admitida la restitucion contra la prescripcion de una restitucion (nota *a*). Además Ulpiano no funda su decision en este motivo, sino en otro del todo diferente y es que la ausencia no oponía obstáculo á la demanda de restitucion y que desde entónces faltaba una de las condiciones esenciales de la restitucion (§ 320, nota *d*); en efecto, aunque ausente podia por la mediacion de un procurador llevar su demanda de restitucion ante el pretor de Roma, ó él mismo ante el teniente de la provincia que habitaba desde su mayor edad (circunstancia de la cual Papiniano hace mencion). Aquí se reproduce la diferencia que existe entre las acciones y la restitucion. Cuando un ausente menor deja prescribir un interdicto anual y despues de llegado á su mayor edad vuelve á

(*b*) L. 20, pr., de min. (IV, 4).

su domicilio, puede plantear de nuevo el interdicto durante el plazo de la restitucion, contándolo no desde su mayor edad, sino desde su regreso (*c*). En el caso referido por Ulpiano el ausente es un condenado á destierro, y Papiniano consideraba esta circunstancia como un motivo en apoyo de su decision. Ulpiano le responde á este propósito; porque no tiene aquí en consideracion la condena, sino solamente la edad en sí (como la ausencia en sí) (*d*).

Segun Ulpiano las causas de ausencia no deben ser tomadas en consideracion. El derecho de los tiempos posteriores hizo á esta regla una excepcion en favor de los soldados, excepcion que no debe sorprendernos, porque es uno de los numerosos privilegios, de otra parte bien conocidos, concedidos á esta clase de ciudadanos. En efecto, desde que un soldado menor se hacía mayor bajo sus banderas la prescripcion comenzaba á correr, no desde su mayor edad, sino desde su salida del servicio (*e*). De igual modo cuando una usucapion se cumplía en perjuicio de un menor y más tarde este se hacia soldado, podía siempre hacerse restituir contra esta usucapion (*f*). Estas excepciones descansan evidentemente sobre el principio de que en virtud de un privilegio especial el soldado debe obtener restitucion contra la prescripcion de una restitucion que le perteneceria como menor.

Llego al caso más importante y ménos complicado de los que entran en la cuestion que nos ocupa. Cuando el que tiene derecho á la restitucion por un motivo cualquiera, la menor edad, la ausencia, etc., engañado por su adversario deja prescribir la restitucion, se pregunta si no es restitui-

---

(*c*) L. 15, § 6, quod vi (XLIII, 24). No se ocupa de la restitucion por causa de la menor edad, pues que por la causa de ausencia resuelve todo. El motivo de esta distincion es en la forma, que el edicto sobre los ausentès hablaba de una *actio* perdida la cual no comprende la restitucion. Pero una cauua más profunda tomada de la naturaleza misma de las cosas es que una persona alejada podía más facilmente demandar una restitucion por medio de una *cognitio* pretoriana que intentar un proceso ordinario ante un *judex*.

(*d*) L. 20, pr. cit. «Quid enim commune habet delictum cum venia ætatis. Aquí *venia œtatis* no debe tomarse en el sentido ordinario sino como sinónimo de *beneficium œtatis*, causa de la restitucion concedida a los menores Vease § 326, nota *r*.

(*e*) L. 1, C. de temp. (II, 53).

(*f*) L. 3. C. eod.

ble por causa de fraude contra esta prescripcion. Segun la doctrina ántes expuesta (nota *a*), esta cuestion debe ser resuelta negativamente. En cuanto á mí no dudo en resolverlo afirmativamente. Se me concederá facilmente que este caso no podrá dar lugar á una reproduccion indefinida de la restitucion. Además no se concibe por qué la parte lesionada no tendría la *actio doli* contra el autor del fraude. Si puede ejercitar esta accion puede con mayor razon exigir la restitucion, que no es infamante; y como aquí la restitucion da absolutamente el mismo resultado que la *actio doli*, debe ser la preferida segun los principios generales (§ 332, nota *s*). Por efecto de esta restitucion la parte lesionada puede reclamar la antigua restitucion como si no hubiera prescrito.

La opinion que acabo de expresar sobre la restitucion por causa de fraude, contra las prescripciones de toda otra restitucion, está confirmada directamente por el derecho canónico. Dice que la prescripcion de cuatro años á la cual está sometida la restitucion de las iglesias, no se aplica cuando su cumplimiento ha sido determinado por el fraude del adversario *(g)*. Nosotros no tenemos ningun motivo para considerar esta decision como un privilegio especial de las iglesias: porque al contrario, el texto expresa por su redaccion el reconocimiento de un principio generalmente admitido. Encontramos ciertamente al fin de la misma decretal *(h)*, una frase concebida en términos tan generales que podría considerarse la disposicion entera como dictada por una equidad bienhechora y no como expresando una regla general de derecho; pero esta frase se justifica rigurosamente. En efecto, las iglesias pueden por motivos individuales ó por motivos generales, tales como la guerra, la sedicion, etc., quedar largo tiempo sin defensa y sin representantes. Esto sería entónces por aplicacion de la *generalis clausula* un motivo suficiente de restitucion contra toda omision cometida en este lapso de tiempo, por consecuen-

---

(*g*) C. 1, de rest. in VI (1, 21): «Ecclesiæ... si quadriennii spatium post sit lapsum, et negligenter omiserit, non es ad beneficium hujusmodi admittenda, *nisi prævaricationis vel fraudis manifesta probetur super hoc intervenisse commentus...*»

(*h*) L. c. «aut alia *rationabilis causa* subsit, quæ superiorem movere debeat ad idem beneficium concedendum.»

cia tambien contra la inobservancia del término de una restitucion que ellas tenían, como iglesias, cuatro años para demandar.

1) Me resta ahora hablar del concurso de muchas restituciones que resultan de una sucesion. Hé aquí las reglas establecidas en esta materia por el derecho romano.

El que, teniendo derecho á una restitucion por causa de menor edad contra un acto jurídico muere dejando un menor por heredero, era todavia menor en la época de su muerte ó había llegado á la mayor edad. En el primer caso el heredero tiene cuatro años para pedir la restitucion, á contar desde su propia mayor edad (*i*); en el segundo el heredero, á partir de su propia mayor edad, tiene para pedir la restitucion todo el tiempo que quedaba todavía al difunto (*k*).

Aquí tambien tienen los soldados un privilegio parecido al de que he hablado ántes (nota *e*, *f*). Cuando el difunto ó el heredero están en el servicio, el plazo se cuenta á partir desde la licencia, no desde la mayor edad. (*l*).

§ CCCXLII.—*Restitucion.—Sus efectos.*

La restitucion tiene por su naturaleza el efecto de restablecer un estado de cosas anterior. Si el cambio que la restitucion debe operar es sencillo, si se trata, por ejemplo, de una donacion arrancada á un menor, el principio general basta para anular las consecuencias de este acto aislado. Pero la mayor parte de los cambios que sufre el estado del derecho no tienen una naturaleza tan simple, constituyen prestaciones recíprocas, es decir, gravámenes y ventajas para cada una de las partes.

A todos estos casos se aplica la regla general y natural de que el estado de cosas primitivo debe ser restablecido por ambas partes (*a*). Una revista sumaria de los casos principales nos mostrará ésta regla con toda claridad.

(*i*) L. 19, de min. (IV, 4); L. 5. § 1, C. de temp. (II, 53); Paulo, 1, 9, § 4.

(*k*) L. 19, de min. (IV, 4).

(*l*) L. 1, 3, C. de temp. (II, 53).

(*a*) L. 24, § 4, de min. (IV, 4): «ut *unusquisque* in integrum jus

Un empréstito levantado por un menor puede causarle perjuicios si pierde ó disipa la suma recibida; en este caso la restitucion le dispensa de devolver nada (§ 319, nota *d*). Si no ha disipado precisamente la suma recibida, pero la ha prestado á un deudor insolvente, la restitucion le proteje, colocándole frente á frente de su acreedor por la cesion que le hace de su accion contra este deudor. Si el dinero prestado le ha servido para hacer una negociacion desventajosa, obtiene la restitucion contra su vendedor y desde este momento no tiene ya nada que ver con el prestamista *(b)*.

Si un menor verifica una venta desventajosa, la restitucion le hace recobrar la cosa vendida con los frutos producidos en el intervalo *(c)*. Por su parte el menor debe devolver el precio recibido y los intereses, que son como el equivalente de los frutos *(d)*. Si el menor ha disípado el precio que recibió, estaba dispensado de devolver cosa alguna, y el comprador podía haber previsto este resultado (§ 319, nota *i*). Tenemos aquí, pues, dos restituciones, la una contra la venta, la otra contra la entrega del precio. Si el comprador ha hecho mejoras en la cosa, verdaderas, debe ser reembolsado por sus gastos *(e)*.

La dacion de una cosa en pago tiene en general, y aquí en particular, la misma naturaleza que la venta. La cosa es dada con sus frutos, que se compensan con el interés del dinero *(f)*.

Una adquisicion desventajosa dá lugar á la aplicacion de las mismas reglas. La cosa es dada con sus frutos, el precio de la venta con los intereses *(g)*.

La restitucion contra una aceptilacion consiste en devolver al acreedor imprudente todos sus derechos, tanto con-

---

suum recipiat.» L. 29, ex qua causa (IV, 6). videlicet ne cui officium publicum *vel damno, vel compendio* sit.» L. 1, pr., O. de reputat. (II, 48): «qui restituitur, sicut *in damno* morari non debet, ita *nec in lucro*.» Tal es tambien el sentido de esta regla que en un contrato sinalagmático la parte lesionada tiene sólo derecho á pedir la ejecucion ó la anulacion completa del contrato. L. 13, § 27, de act. emti (XIX, 1).

(*b*) L. 27, § 1, de min. (IV, 4).

(*c*) L. 24, § 4; L. 27, § 1, de min. (IV, 4).

(*d*) L. 27, § 1, L. 47, § 1, de min. (IV, 4), Paulo 1, 9, § 7.

(*e*) L. 39, § 1, de min. (IV, 4).

(*f*) L. 40, § 1. de min. (IV, 4); L. 98, § 2, de solut. (XLVI, 3).

(*g*) L. 27, § 1, de min. (IV, 4).

tra el deudor como contra los codeudores y las cauciones; tambien se le devuelven las prendas (*h*).

Cuando por efecto de una novacion no menor ha restituido á su deudor un deudor ménos solvente, la restitucion le da su accion contra el antiguo deudor (*i*).

Cuando un menor se encarga de la deuda de otro, la restitucion le libra de este compromiso y dá al acreedor la accion que él tenía contra el deudor, pero, naturalmente, con todas las restricciones que podían limitarla, como por ejemplo una corta prescripcion que debía ser cumplida pocos dias despues del compromiso creado por el menor (*k*).

La restitucion contra una transaccion hecha reconoce por todas las partes las pretensiones á las cuales habían renunciado (*l*).

La restitucion contra una usucapion hace volver á la parte lesionada la cosa que había perdido, con todos los frutos producidos en el intervalo (*m*).

Cuando un menor renuncia una sucesion ventajosa ó la pierde por no cumplir una condicion, la restitucion no le constituye verdaderamente como heredero, lo que es imposible, sino que le dá á título de *utiles actiones* todas las acciones que habría tenido como heredero, es decir, que le crea un derecho de sucesion ficticio (*n*). Debe, sin embargo, aceptar como válidos todos los actos relativos á la sucesion hechos en el intervalo por las personas que tenían calidad para ello, los herederos, curadores, etc., (*o*). Se les somete además á todas las cargas y obligaciones que la restitucion le impone como eredero, á lo cual no estaba obligado ántes de la restitucion (*p*).

(*h*) L. 27, § 2 de min. (IV, 4).
(*i*) L. 27, § 3, de min. (IV, 4).
(*k*) L. 50, de min. (IV, 4); L. 19, de nov. (XLVI, 2); L. 1, § 1, C. de reput. (II, 48).
(*l*) L. 1, 2, C. si adv. transact. (II, 32). No sucede lo mismo en la restitucion contra una sentencia, cuando no expresa sino una de las relaciones de derecho litigiosas y deja otras independientes. A estas no alcanza la restitucion. L. 28; L. 29, § 1, de min. (IV, 4).
(*m*) L. 28, § 6; L. 29, ex quib. (IV, 6).
(*n*) L. 7, § 10, de min. (IV, 4), al fin del texto; L. 21, § 6, quod metus, (IV, 2).
(*o*) L. 22, de min. (IV, 4). Este principio puede tambien en ciertas circunstancias hacer rehusar la restitucion; L. 24, § 2, eod.
(*p*) L. 41, ex quib. caus. (IV, 6).

La restitucion contra la aceptacion de una sucesion, se rige por los mismos principios. Aquel á quien se restituye es y permanece heredero solamente en virtud de un medio ficticio. Se le trata como si no fuese heredero (abstinendi potestas ei tribuitur) (*q*). Entónces debe devolver al llamado á la sucesion todos los bienes de la misma que ha recibido y los de que es culpable de no haber recibido ó haber perecido por su abandono (*r*). Si ántes de la restitucion ha pagado legados ó deudas de la sucesion, no debe ninguna indemnizacion ni devuelve el valor de los esclavos manumitidos por el hecho de su aceptacion, ni áun de los que él mismo ha manumitido en cumplimiento de un fideicomiso (*s*).

La restitucion contra la aceptacion de un legado libra al que es restituido de todas las cargas que le habían sido impuestas como legatario á título de fideicomiso (*t*).

§ CCCXLIII.—*Restitucion.—Sus efectos.* (Continuacion).

En todo tiempo se ha discutido la cuestion de saber si la restitucion es *in personam* ó *in rem*, es decir, si se ejerce únicamente sobre personas determinadas ó tambien contra personas indeterminadas, de las cuales no podía preverse su presentacion en la causa en la época de la lesion. En un texto (*a*) confirmado por otros (*b*) Paulo decide de una manera general que la restitucion puede tener ambos efectos.

Segun una fórmula adoptada por muchos autores modernos la restitucion *in personam* es la regla y la restitucion *in rem* la excepcion (*c*); pero es esta una cuestion que pide ser estudiada más profundamente (*d*). Se refiere de un modo directo á la determinacion tratada ántes de la persona obligada en materia de restitucion, ó sea del adversario de la parte

---

(*q*) L. 21, § 5, quod metus, (IV, 2); L. 7, § 5; L. 31, de min. (IV, 4).
(*r*) L. 7, § 5, de min. (IV, 4), al fin del texto; L. 1, § 2, C. de reput. (II, 48).
(*s*) L. 22, 31, de min. (IV, 4).
(*t*) L. 33, de min. (IV, 4).
(*a*) Paulo, 1, 7, § 4: «Integri restitutio aut in rem competit, aut in personam.» Pero este texto está seguramente mutilado.
(*b*) L. 13, § 1, de min. (IV, 4): «Interdum autem restitutio et in rem datur minori.»
(*c*) Burchardi, p. 416 y sig.
(*d*) Puchta. Pandekten, § 106, nota *f*: Vorlesungen, p. 217, 218.

lesionada (§ 336), y que esta determinacion debe necesariamente variar con la naturaleza de las relaciones de derecho, á las cuales puede aplicarse la restitucion.

La restitucion puede ejercitarse contra una usucapion, es decir, contra un cambio verificado en la propiedad sin la intervencion del propietario, pudiendo tener como motivo la menor edad ó la ausencia. Inútil parece decir que de la que se trata aquí es *in rem*, es decir, contra todo poseedor (*e*), porque lo más frecuente es que se realice dando al antiguo propietario la accion de propiedad (§ 329).

No es dudoso que la restitucion contra la aceptacion ó el repudio de una sucesion obra siembre *in rem*, porque debe atênder á personas diversas é indeterminadas (§ 342). Así se dice expresamente que las acciones fundadas en una restitucion semejante, se ejercen contra todo poseedor de bienes de la sucesion, áun cuando estos bienes estuvieran enajenados por el poseedor primitivo de la sucesion (*f*).

No sucede lo mismo con la restitucion contra un contrato. Regularmente ésta no se ejerce sino contra aquel con quien la parte lesionada ha contratado, ni alcanza á los terceros sino por excepcion; la fórmula de que he hablado ántes (nota c), es, por consiguiente, verdadera para los casos de esta especie.

Así, cuando un menor es restituido contra una venta perjudicial no puede regularmente reclamar su propiedad perdida sino del adquirente (§ 342, nota *c*), y no del tercer poseedor, al cual el adquirente se la había vendido. Pero por excepcion (*g*) la restitucion alcanza tambien al tercero poseedor, si este ha conocido la venta hecha por el menor ó si el primer comprador es insolvente (*h*). En tal caso, el tercero poseedor que debe entregar la cosa, tiene contra su predecesor el mismo recurso que si hubiera sido desposeido por la accion de propiedad (*i*).

La misma regla se aplica cuando á un menor que ha sido condenado á pagar una deuda, se le toman sus bienes como

---

(*e*) L. 30, § 1, ex quib. caus. (IV, 6).
(*f*) L. 17, pr., ex quib. caus. (IV, 6).
(*g*) Interdum, V. nota *b*.
(*h*) L. 13, § 1; L. 14, de min. (IV, 4).
(*i*) L. 15, de min. (IV, 4); L. 39, pr., de evict. (XXI, 2).

prenda del pago y se venden, porque este acto se hace en nombre del menor y se considera como si emanara de él. Si más tarde la restitucion anulada la condenacion pronuncia regularmente el menor no puede reclamar la suma pagada por él, más que contra el acreedor *(k)*; pero por excepcion *(l)*, en el caso de que la pérdida de la cosa le causa un grave perjuicio *(m)*, puede hacérsela entregar por el poseedor.

Se ha visto ántes cómo el que cediendo á la violencia hace una enajenacion, puede ejercer una accion de indemnizacion contra el autor de la violencia, ó por vía de restitucion recobrar su *in rem actio* y ejercitarla contra todo tercero poseedor (§ 330, nota *e*).

El procedimiento de la restitucion es frecuentemente de tal manera simple, que todo se limita á mandar al obligado que pague una cierta suma ó entregue una cosa que ha recibido (§ 337, nota *m*). Entónces la restitucion tiene la misma naturaleza que una accion ordinaria para recobrar un crédito. Ahora, desde el momento en que el obligado directo se halla bajo el poder de otro como hijo ó como esclavo, la obligacion alcanza al padre ó al señor si sus bienes han sido acrecentados por el acto del cual se trata, ó si existe un peculio que dá lugar á la aplicacion de la *actio peculio* (*n*).

(*k*) L. 9, pr., de min. (IV, 4): «nam illud certum est, pecuniam ex causa judicati solutam ei restituendam.»

(*l*) L. 9, pr., cit. «et puto *interdum* permittendum...»

(*m*) L. 9. pr., cit. «si grande damnum sit minoris.» L. 1, C. si adv. vend. pign. (II, 29), «magno detrimento... enorme damnum...» L. 49, de min. (IV, 4): «grande damnum»; este texto, como los que le preceden, se aplica seguramente á una venta en vías de ejecucion, bien que no se exprese así. No se debe confundir este caso de los *pignora capta et distracta* con aquel en que se hace la venta por el acreedor garantido con la prenda, porque en este último caso no se admite nunca la restitucion. V. § 323, notas *e*, *f*, *g*.

(*n*) L. 24, § 3, de min. (IV, 4).

PRÓLOGO.

Este octavo tomo difiere de los que preceden por la naturaleza de su contenido. Desde luego, la influencia del derecho romano es en él menos visible; y además las teorías que voy á exponer parecerán incompletas comparadas con las desenvueltas hasta aquí. No se debe esta imperfeccion á dificultades de que no haya podido triunfar el escaso talento del autor, sino á la naturaleza especial del asunto que se trata de estudiar.

En esta materia, principalmente en lo que respeta á la primera mitad del tomo (cap, I), las opiniones de los autores y las sentencias de los tribunales nos ofrecen las más señaladas y numerosas diferencias: alemanes, franceses, ingleses y americanos se combaten mútuamente. Todos, sin embargo, concuerdan en manifestar el más vivo interés por este género de cuestiones; todos muestran una tendencia á la aproximacion y á la conciliacion de que no ofrece otro ejemplo la ciencia jurídica. Puede decirse que este es un bien comun á todas las naciones civilizadas, pues si no poseen principios generales solidamente establecidos, trabajan para conquistarlos reuniendo sus esfuerzos. Tenemos un cuadro de este estado todavía imperfecto de la ciencia, si bien lleno de esperanzas, en la excelente obra de Story, tan rica de materiales como útil para toda séria investigacion.

Pero aquí el desenvolvimiento y la formacion de una teoría jurídica nos atrae é interesa ménos que el espectáculo

de la vida del derecho elaborando una práctica general fundada en la comunidad de las ideas.

Véamos ahora cuál es la posicion de nuestro asunto respecto á las tendencias y á los partidos actuales.

Esta materia se presta ménos que ninguna otra al antagonismo de los germanistas y de los romanistas. Respecto á las cuestiones más importantes existe entre la mayor parte de los escritores alemanes un acuerdo no turbado por esos debates frecuentemente entablados en detrimento de la ciencia. Comparada con otras materias encontramos en ésta un número muy pequeño de prescripciones directas y positivas; pero importa conocerlas bien, porque las decisiones de los autores y de los tribunales se fundan en gran parte en una interpretacion sana ó errónea de las reglas y de los principios del derecho romano, el cual ejerce frecuentemente su influencia casi sin saberlo los que la sufren.

Si bien la demarcacion rigurosa de las nacionalidades es una de las tendencias dominantes de nuestra época, esta tendencia no podría manifestarse aquí donde se trata de fundar los contrastes nacionales en una comunidad aceptada por todos.

Así, pues, encontramos por un lado brillantes perspectivas para el porvenir y por otro la imposibilidad de dar por ahora una solucion completa al problema, cualquiera que sea, por otra parte, el mérito personal del que emprenda el trabajo. Semejante situacion sirve al autor de estímulo al mismo tiempo que le inspira modestia. Debe felicitarse si contribuye al progreso de la ciencia estableciendo algunos de los verdaderos principios de la materia, aunque llegue un dia en que no deba considerarse su obra sino como una preparacion hácia los resultados obtenidos más tarde.

Creo que mis predecesores han cometido el error de tratar separadamente los dos objetos que estudio reunidos en mi obra: límites temporales y límites locales del imperio de las reglas de derecho. He creido remediar este defecto uniéndolos, no sólo por medio de un lazo esterior, lo cual no es bastante, puesto que en los libros elementales se colocan con frecuencia uno al lado del otro sin que la reunion produzca resultados apreciables, sino estudiando y haciendo resaltar la dependencia íntima que existe entre los principios comunes á ambos objetos.

El presente resúmen termina la parte general del tratado tal como lo he definido al principio de esta obra (t. I, § 58) Segun el plan que me había trazado, inmediatamente despues de los tres primeros libros, que forman la parte general, deberia publicar la parte especial, cuya division había ya señalado de la siguiente manera:

Libro cuarto.—*Derecho de las cosas.*
« quinto.—*Derecho de las obligaciones.*
« sexto. —*Derecho de familia.*
« sétimo.—*Derecho de sucesion.*

Circunstancias accidentales han interrumpido durante largo tiempo la continuacion de esta obra y han hecho su terminacion quizá ménos probable que lo era en la época en que la emprendí. Esta consideracion me decide á modificar su órden exterior, por más que no haya cambiado de opinion sobre la conveniencia del plan primitivo en lo que tiene de esencial.

Considero desde ahora los ocho volúmenes (1) que he publicado como una obra completa, á cuyo título debe añadirse por el lector: *parte general.*

Publicaré la parte especial del tratado, no cómo continuacion de la parte general, sino como otras tantas obras distintas, comenzando por el derecho de las obligaciones y no por el de las cosas segun el plan primitivo. Estas obras distintas tendrán la apariencia exterior de simples monografías sin el carácter esencial que he definido en el t. I, pero en realidad serán tratadas absolutamente bajo el mismo punto de vista que lo hubiesen sido si no hubiera cambiado mi plan en lo más mínimo (2).

Julio de 1849.

---

(1) Seis en la ediccion presente española.

(2) Por desgracia para la ciencia no pudo el autor realizar su propósito en lo que á la parte especial se refiere. De sus distintos libros solamente salió á luz el del *Derecho de obligaciones*, aunque no completo, del cual se publicó una version castellana Nota de los T.

TRATADO DE DERECHO ROMANO

LIBRO III.

IMPERIO DE LAS REGLAS DEL DERECHO SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

§ CCCXLIV.—*Introduccion.*

El primer libro del presente Tratado tenía por objeto las fuentes del derecho, es decir, la base de las reglas jurídicas; el segundo se refería á la naturaleza general de las relaciones de derecho que estas reglas están llamadas á regir. Ahora bien, para concluir la parte general del Tratado sólo me resta determinar el lazo que exsite entre las relaciones del derecho y las reglas jurídicas. Este lazo nos aparece, de un lado, como el imperio de las reglas sobre las relaciones; de otro, como la sumision de las relaciones á las reglas.

Mas para que pueda comprenderse desde luego en su conjunto esta última parte de nuestro propósito, tan importante como difícil, interesa determinar con exactitud lo que debe entenderse por esta dependencia entre las relaciones y las reglas (imperio, sumision) (*a*).

Las reglas jurídicas están destinadas á regir las relaciones de derecho; pero ¿cuáles son los límites de su imperio?

(*a*) Las bases de la presente indagacion, y principalmente las ideas que aquí se desarrollan, se encuentran indicadas en el t. I, §§ 1-9, 15.

¿Qué relaciones de derecho están sometidas á estas reglas? El sentido de esta cuestion está precisado por la naturaleza del derecho positivo, que no es el mismo para la Humanidad toda entera, sino que varía segun los pueblos y los Estados, siendo en el seno de cada uno de éstos producto en parte de las ideas generales y en parte de ciertas fuerzas especiales. Esta diversidad de los derechos positivos es la que hace tan necesaria y tan importante la determinacion de su respectivo imperio, la cual determinacion es la única base para decidir sobre las colisiones que pueden presentarse entre varios derechos positivos con motivo de una relacion concreta de derecho.

Tambien puede llegarse por otro camino á plantear y resolver las cuestiones que acabo de presentar. Supongamos una relacion de derecho en tela de juicio; para decidirlo buscamos una regla jurídica bajo cuyo imperio se encuentra esta relacion, y con arreglo á la cual deba ser juzgada. Si tenemos aquí que elegir entre varias reglas pertenecientes á diversos derechos positivos, llegamos inevitablemente á la cuestion de los límites del imperio de cada derecho positivo y á las colisiones que resultan de estos límites. Estas dos maneras de considerar la cuestion sólo difieren por su punto de partida. La cuestion que ha de resolverse permanece siempre la misma, y su solucion no puede variar de un caso á otro.

La mayor parte de los autores que han escrito sobre esta materia se ocupan exclusivamente de las colisiones como del único problema que deben resolver; punto de vista que les perjudica en gran manera. Pero la filiacion natural de las ideas es más bien la siguiente: se pregunta respecto á las reglas jurídicas: ¿cuáles son las relaciones de derecho sometidas á estas reglas?; y en cuanto á las relaciones de derecho: ¿á qué reglas se encuentran estas sometidas? La cuestion relativa á los límites del imperio de las reglas y á las dificultades que puede suscitar la determinacion de estos límites, ó las colisiones, son, por su naturaleza, cuestiones subordinadas y secundarias (*b*).

(*b*) Wächter, II, p. 34, observa con razon que muchos autores, por aislar completamente la cuestion de la aplicacion de las leyes y la de la

Con la cuestion del límite de los derechos positivos se relaciona otra muy distinta, aunque tiene gran analogía con la primera. Hasta aquí hemos considerado las reglas jurídicas como fijas, sin tener en cuenta las modificaciones que en ellas puede introducir el tiempo. Pero el derecho positivo tiene por carácter esencial no permanecer nunca estacionario y ofrecer una sucesion contínua de desenvolvimientos orgánicos (c); por lo cual se dice que varía con el tiempo. Además, toda decision sobre una relacion de derecho actual tiene necesariamente por base hechos jurídicos *(d)* que pertenecen siempre á un pasado más ó ménos lejano. Ahora bien; como en el intervalo que separa el orígen de la relacion de derecho del momento actual, puede haber sufrido modificaciones el derecho positivo, trátase de saber en qué época debe fijarse la regla que rige la relacion de derecho.

Tenemos, pues, aquí una nueva especie de límites que experimenta el imperio de las reglas jurídicas y tambien una nueva clase de colisiones posibles no ménos difíciles é importantes que las relativas á la otra especie. Bajo el primer punto de vista las reglas de derecho nos aparecen como simultáneas, fijas é inmóviles; bajo el segundo como sucesivas y modificadas por un contínuo desenvolvimiento. Para abreviar designaré este doble punto de vista por medio de las expresiones siguientes:

1. Límites locales del imperio de las reglas jurídicas.
2. Límites temporales de este imperio.

La segunda de estas expresiones es clara por sí misma. La primera, sólo puedo justificarla en el curso de la indagagacion que va á ocuparme.

La presente obra tiene por objeto el derecho romano: ahora, ¿cuál es la relacion del derecho romano con las cuestiones aquí propuestas? Estas cuestiones tienen con el derecho romano dos clases de relaciones muy distintas.

Desde luego, puesto que el derecho romano rige en Estados y pueblos determinados y se encuentra en contacto con otros derechos positivos, su aplicacion práctica exige la

---

colision, son llevados á dar soluciones diferentes á cuestiones idénticas en sí mismas.

(c) V. t. I, § 7.
(d) V. t. II, § 107.

solucion de estas cuestiones. Semejante necesidad existiría aunque los jurisconsultos romanos no hubiesen pensado nunca en dichas cuestiones ni se hubiesen ocupado de ellas. Pero de hecho las han tratado, y vamos á indagar y á hacer constar sus decisiones; pues por más que en parte sean exclusivas é incompletas y no se puedan aplicar siempre directamente áun en los países regidos por el derecho romano, importa mucho conocerlas bien. En efecto, las doctrinas de los autores modernos y la jurisprudencia que á ellas se refiere se encuentran en gran parte fundadas en las decisiones de los romanos, frecuentemente mal comprendidas; de manera que no es posible la inteligencia ni la crítica de la teoría y de la práctica moderna sino por un estudio profundo de los principios del derecho romano en esta materia.

Nuestra indagacion se dividirá en dos capítulos: el primero, consagrado á los límites locales; el segundo, á los límites temporales del imperio de las reglas jurídicas sobre las relaciones de derecho.

Pero desde luego advierto que existe entre ambas clases de límites una cierta reciprocidad de accion. En general, cuando sobreviene una colision temporal entre dos reglas de derecho, y es preciso recurrir á la determinacion de los límites de cada cual para conocer la extension del imperio de una ó de otra regla, este hecho implica siempre que ha sobrevenido una modificacion. Esta puede venir de dos partes diferentes.

En primer lugar, por parte de la regla de derecho. El caso más sencillo es aquel en que el legislador cambia por una ley nueva la regla vigente hasta entónces respecto á la relacion jurídica, creando de este modo un nuevo derecho objetivo.

En segundo lugar, por parte de la relacion de derecho, cuando permaneciendo la misma regla, se modifican las condiciones de hecho de la relacion jurídica. Citaré como ejemplo la capacidad de obrar, la cual se regula segun el derecho vigente en el domicilio de la persona. El hecho de cambiar esta persona de domicilio puede someter la relacion de derecho á una regla nueva, y dar lugar á la cuestion de saber si la capacidad de obrar debe ser juzgada segun la ley del antiguo ó del nuevo domicilio.

No puede negarse que esta segunda especie de modificacion pertenece á la vez al dominio de la colision local y al de la colision temporal. Sin embargo, como el elemento local domina, vale más referir todas las colisiones de este género á los límites locales del imperio de la regla, y por consiguiente, tratarlas en el capítulo primero (*e*).

No quedan, pues, para la investigacion de los límites temporales del imperio de las reglas (el capítulo segundo), más que las modificaciones de la primera clase, aquellas que sobrevienen por parte de las reglas de derecho.

(*e*) La discusion de estas cuestiones se encuentra en el § 365, al final, § 366, 368, § 370, *n*, § 372; n. III, § 379, n. 3. Hay materias donde no puede presentarse esta cuestion porque la influencia de la relacion de hecho, variable por sí misma, se encuentra fijada en una determinada época, lo cual excluye la posibilidad de semejante duda. Lo dicho se aplica al derecho de sucesion (§ 374, 377) y á la regla: *locus regit actum* (§ 381).

CAPITULO PRIMERO.

LÍMITES LOCALES DEL IMPERIO DE LAS REGLAS DEL DERECHO SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

§ CCCXLV.—*Ojeada general.*

Autores (*a*).

Bartolus in Codicem, L. 1, C. De summa trin. (I, 1). Núm. 13, 51.

B. Argentræi Comment. ad patrias Britonum Leges, ed oct. Antverp. 1664 f. El art. 218 de la costumbre de Bretaña declara que nadie puede privar á sus herederos legítimos de más del tercio de sus bienes inmuebles. Sobre este punto se suscitó la cuestion de saber si los inmuebles situados fuera de Bretaña debían estar comprendidos en esta prohibicion y d'Argentré, en la sexta glosa sobre el artículo citado, p. 601, 620, tuvo ocasion de exponer la teoría completa de la colision de las leyes. El autor murió en 1590, y su libro no se publicó hasta despues de su muerte, en 1608.

Chr. Rodenburg. De jure conjugum, Traj., 1653, en 4.° La cuestion de la colision de las leyes está tratada con extension en los *Prœliminaria*, p. 13, 178.

P. Vœtius, De statutis eorumque concursu, Leodii, 1700, en 4.° (1.ª ed. Anut. 1661). No se trata de la colision de los estatutos más que en los sect. 4, 9, 10, 11.

(*a*) Para abreviar citaré sencillamente por sus nombres los autores cuya lista doy en el texto.

J. N. Hertius, De collisione legum, 1688, Comm. et Opuscut. t. I, p. 118, 154. La sect. 4 (§ 1, 74) se refiere únicamente á nuestro asunto.

Ulr. Huber, De conflictu legum, en las Prælect. ad Pand. como apéndice al Lib. I, Tít. 3 De legibus (§ 1, 15).

J. Vœtius, De statutis. Se encuentra en el Comentario sobre las Pandectas á continuacion del Lib. I, Tít. 4. De constitut. princ., como Pars 2, De statutis (§ 1, 22).

L. Boullenois, Traité de la personalité et de la realité des lois, etc. París, 1766; 2 volúmenes en 4.°, traduccion francesa de la obra citada de Rodenburg con adiciones considerables.

D. Meier, De conflictu legum divers. Bremæ, 1810 en 8.°

G. V. Struve, üb. das positive Rechtsgesetz in seiner Beziehung auf räumliche verhälttnisse. Carlsruhe, 1834, en 8.°

Jos. Story, Comment. on the conflict of lavos. Boston, 1834, segunda edicion original muy aumentada, Boston, 1841, en 8.°

W. Burge Commentaries on Colonial aud foreign lavos generally aud in their conflict with each other and with the law of England. London, 1838, 4 volúmenes.

W. Schäffner, Entwickelung des internationalen Privatrechts. Frankf., 1841, en 8.°

V. Wachter, über die collision der Privatgesetze, Archiv. f. civ. Praxis vol. XXIV, p. 230, 231. vol. XXV, p. 1, 60, página 161, 200, p. 361, 419, con todos treinta y dos §§; 1841, 1842. Para abreviar designaré por I las citas que se refieren al vigésimo cuarto volúmen, y por II las del vigésimo quinto.

Nic. Rocco, Dell' uso e autoritá delle leggi delle due Sicilie considerate nelle relazioni con le persone é col territorio degli Stranieri Nápoli, 1842, en 8.°

Fælix, Du droit international privé, deuxieme ed., Paris, 1847, en 8.° (1.ª ed., 1843).

Todo derecho nos aparece desde luego como un poder perteneciente á la persona *(b)*; bajo este punto de vista primitivo y directo debemos considerar por tanto las relaciones de derecho como atributos de la persona.

(b) V. t. I, § 4.

En su consecuencia, la cuestion que nos ocupa podría asentarse en los siguientes términos: ¿á qué personas se extiende el imperio de una regla de derecho dada? O en términos inversos, ¿á qué reglas de derecho se encuentra sometida tal determinada persona?

Pero la consideracion siguiente basta para convencernos de que la cuestion no está bien formulada. En el dominio de los derechos adquiridos (*c*) se extiende la persona hácia los objetos de estos derechos, colocados fuera de ella, y de esta extension resulta ya la posibilidad de que la persona se someta bajo el dominio de una regla jurídica que le era primitivamente extraña. Pero esta simple posibilidad toma un carácter enteramente distinto cuando consideramos la naturaleza especial de tales derechos adquiridos. Entre los objetos dichos se colocan, desde luego, las personas extrañas, cada una de las cuales obedece á un derecho determinado. Pero como las personas que se ligan por una relacion de derecho pueden obedecer de igual modo al mismo derecho que á derechos diferentes, tenemos aquí una fuente nueva y fecunda de colisiones entre las reglas que gobiernan las relaciones de derecho.

Una ojeada dirigida sobre los objetos de las reglas jurídicas nos dará á conocer las clases de colisiones que pueden presentarse entre las reglas de diferentes derechos positivos (*d*).

Las reglas del derecho pueden tener por objeto:

I) Las personas en sí mismas, su capacidad de derecho y su capacidad de obrar, ó las condiciones bajo las cuales poseen ó adquieren derechos. Esta es la clase de reglas de que nos hemos ocupado al principio del presente párrafo.

II) Las relaciones de derecho.

1) Derechos sobre cosas determinadas.

2) Obligaciones.

3) Derechos sobre un patrimonio entero considerado como unidad ideal y de una extension indeterminada (derecho de sucesion).

(*c*) V. t. I, § 53.

(*d*) Aquí no presento más que un pequeño cuadro. Lo reproduciré con más detalles en el § 361.

4) Derecho de familia.

De esta revista sumaria resulta que el objeto directo é inmediato regido por la regla jurídica es la persona; y ante todo la persona en su existencia general como sujeto de todos los derechos; despues la persona en cuanto por sus actos libres constituye en la mayor parte de los casos las relaciones de derecho ó contribuye á formarlas.

Pero la persona tiene además sus extensiones artificiales. Pretende dominar las cosas, y al penetrar en el círculo ocupado por estas cosas, se expone á entrar bajo el dominio de un derecho extraño. Este hecho, evidente respecto á los inmuebles que ocupan en el espacio un lugar necesario é invariable, no es ménos real para las cosas muebles. Tiende además, por medio de las obligaciones, á dominar los actos de otro ó someter sus propios actos á una voluntad extraña. En cuanto á familia presenta diferentes formas de vida y por lo mismo sale una veces voluntariamente, otras involuntariamente del dominio de su derecho primitivo y puramente personal.

De estas consideraciones resulta que, si bien en cada caso dado la regla aplicable aparece principalmente como la sumision de la persona de que se trata al imperio de un derecho determinado, las modificaciones más importantes y más variadas pueden provenir además de la relacion que cosas, actos ó relaciones de familia determinadas establecen con otros derechos positivos *(e)*.

Debemos, pues, indagar ante todo las causas en virtud de las cuales se encuentra sometida una persona al imperio de un determinado derecho positivo.

§ CCCXLVI.—*El órigen y el territorio como causas de la su mision de una persona á un determinado derecho positivo.*

Para reconocer el lazo que une una persona con un derecho positivo determinado es preciso recordar que el dere-

---

(e) A esta circunstancia se refiere la distincion generalmente adoptada ántes de los *statuta personalia, realia, mixta* de que muy pronto tendré ocasion de hablar.

cho positivo mismo tiene su asiento en el pueblo, ora como una grande unidad natural, ora como parte integrante de semejante unidad. Esta verdad se expresa en otros términos, diciendo: el derecho positivo tiene su asiento en el Estado ó en una parte orgánica del mismo; pues el pueblo sólo tiene realidad en el Estado, una vez que en él únicamente se traducen las voluntades individuales en una voluntad general (*a*). Veamos, pues, de qué manera se establece y cómo se circunscribe esta unidad, en el seno de la cual existen las reglas jurídicas como partes constitutivas del derecho positivo.

Si buscamos históricamente la solucion de este problema encontramos dos causas principales que en todo tiempo han establecido y limitado entre los indivíduos la comunidad del derecho positivo: estas son el orígen y el territorio.

I) El orígen (la nacionalidad), como motivo y como límite de la comunidad del derecho, tiene una base personal é invisible. Aunque parece por su naturaleza sustraerse á toda influencia arbitraria, es, sin embargo, susceptible de extension por la adopcion libre de los indivíduos.

La nacionalidad, como motivo y límite de la comunidad del derecho, nos aparece principalmente entre los pueblos nómadas que en general carecen de morada definitiva; tales eran los Germanos en la época de sus emigraciones. De igual manera, despues que se establecieron en el territorio del imperio romano, subsistió todavía largo tiempo el principio de la nacionalidad al lado del sistema de los derechos personales, que en cada Estado se aplicaban coetáneamente; de aquí, se siguen que al lado del derecho franco, lombardo, etc., encontramos tambien el derecho romano mantenido como derecho personal de los habitantes primitivos de los nuevos Estados, fundados por la conquista (*b*).

En nuestros dias el imperio turco nos ofrece todavía la imágen más completa de esta clase de comunidad de derecho. En los Estados cristianos de la Europa, los judíos, para quien la duracion del derecho nacional y áun su na-

---

(*a*) V. t. I, § 8, 9.
(*b*) Savigny, *Historia del derecho romano* en la Edad Media, t. I, capítulo III, § 30-33.

cionalidad distinta, se refieren á su religion, han conservado los últimos restos de esta comunidad; pero estos restos mismos tienden constantemente á borrarse (c).

Existe analogía, pero no identidad, entre este principio de la comunidad del derecho y el que en un Estado reconocía distintas clases de personas. Entre los Romanos la clasificacion de los *cives*, *latini*, *peregrini*, que á su vez se refiere al sistema del *jus civile* y del *jus gentium* (d), nos muestra este principio aplicado y desenvuelto durante varios siglos. Sin embargo, cualquiera que sea bajo otro respecto la importancia de estas distinciones, bajo el punto de vista especial en que estamos colocados su influencia no es nunca comparable con la del orígen y el territorio.

II) El territorio nos aparece como el segundo motivo que en grandes proporciones determina y limita la comunidad del derecho entre los indivíduos. Se distingue este motivo del precedente (la nacionalidad) en que es ménos personal su naturaleza. Las fronteras son un signo exterior y visible que nos sirve para reconocerlo, y la influencia de la voluntad humana sobre su aplicacion es más extensa y más directa que sobre la aplicacion de la nacionalidad, donde esta influencia tiene más bien un carácter de excepcion.

Este segundo motivo de la comunidad del derecho, ha suplantado por sus desenvolvimientos sucesivos al primero (la nacionalidad). Entre las causas que han conducido á este resultado debe ponerse en primer lugar las comunicaciones activas y multiplicadas de los pueblos entre sí, las cuales debían borrar los contrastes más salientes de las diversas nacionalidades. Es preciso reconocer, sin embargo, que al unir el cristianismo los diferentes pueblos por el lazo comun de la vida intelectual ha hecho ménos opuestas sus distinciones características.

Tomando como punto de partida este segundo motivo de

(c) En Prusia, por ejemplo, el edicto sobre los judíos, dictado en 1812, somete á estos (art. 20-21) al mismo derecho que los demás súbditos prusianos, y sólo como excepcion mantiene su derecho nacional particular.

(d) V. t. I, § 22, é *Historia del derecho romano* en la Edad Media, t. I, § 1.

la comunidad del derecho, se refiere la colision que debe ocuparnos á la diferencia local de los derechos; de modo que el problema que hemos de resolver en todos los casos posibles de colision puede formularse en los siguientes términos:

¿Cuál es en cada caso dado el derecho territorial aplicable?

Esta es la razon de haber designado hasta aquí con el nombre de límites locales (§ 344) los límites del derecho existente en una misma época.

Tratemos ahora de comprender por medio de ejemplos la cuestion aquí formulada sobre la colision de los diferentes derechos locales ó territoriales. En un lugar determinado se suscita un litigio sobre la ejecucion de un contrato ó sobre la propiedad de una cosa. Pero el contrato se ha verificado, la cosa litigiosa se encuentra en un lugar distinto de aquel donde reside el tribunal, y estas dos localidades tienen un derecho territorial diferente. Las partes, además, pueden estar personalmente sometidas á la jurisdiccion de este tribunal ó á una misma jurisdiccion extraña, ó bien á dos jurisdicciones extrañas y diferentes. Encontrándose la relacion de derecho litigiosa en contacto con todos estos derechos locales, ¿con arreglo á cuál de ellos debe ser juzgado el litigio? Tal es el sentido del asunto de la colision en su aplicacion á los derechos territoriales *(e)*.

§ CCCXLVII.—*Derechos territoriales contradictorios en el mismo Estado.*

Entre los derechos territoriales contradictorios cuya colision va á ocuparnos ahora (§ 346) pueden existir dos diferentes clases de relaciones; y aunque las reglas que han de

---

(*e*) Las colisiones entre diferentes derechos pueden presentarse de igual modo cuando se determina el derecho por el orígen y estas colisiones exigen ser resueltas como las relativas á los derechos territoriales. El aspecto de la cuestion de que aquí nos ocupamos sólo bajo el punto de vista histórico no tiene ningun interés para el derecho actual y su exámen estaría aquí fuera de lugar, V. Savigny, *Historia del derecho romano* en la Edad media, t. I, § 46.

aplicarse permanecen siempre las mismas, esta diferencia influye mucho sobre el modo de su aplicacion.

Estos derechos territoriales pueden regir diferentes distritos de un sólo y mismo Estado, ó diferentes Estados independientes entre sí.

I) He designado en otro lugar los derechos particulares existentes en el seno de un sólo Estado bajo el nombre de *derechos particulares*, por oposicion al derecho comun de este Estado. Estos derechos particulares pueden revestir la forma de leyes ó la de costumbres (*a*).

Su orígen histórico y las limitaciones que á éste se refieren son extraordinariamente variadas. En tiempo del imperio de Alemania las relaciones entre los diferentes Estados que el imperio comprendía daban lugar á las más importantes aplicaciones de esta clase de derechos (*b*). Semejantes relaciones existían dentro de cada uno de los Estados que componían el imperio y existen tambien hoy aunque el imperio haya sido disuelto.

Estos derechos particulares rigen ya una provincia, ya una subdivision de la misma, ya un municipio. Lo más frecuente es que se establezcan para el territorio de una ciudad, y aun algunas veces para una parte de este territorio (*c*).

Cuando se extiende un derecho particular á una provincia ó á una parte de ella es frecuentemente señal de que la provincia formaba ántes un Estado independiente, ó bien

---

(*a*) V. t. I, § 8, 18, 21.

(*b*) T. I, § 2. Volvemos á encontrar una relacion casi semejante entre los pequeños Estados soberanos que formaban la union de los Países-Bajos, pero que no estaban sometidos como los Estados alemanes á un poder político superior, ni á una legislacion comun. Los casos de colision que se presentaban frecuentemente han movido á los jurisconsultos holandeses. (Rodenburg, P. Voet, J. Voet, Huber) á ocuparse especialmente de la cuestion que nos ocupa. Existe tambien la misma relacion entre los Estados de la América del Norte.

(*c*) Así, por ejemplo, hasta el 1.° de Enero de 1840 hubo en Breslau cinco leyes particulares diferentes sobre el derecho de sucesion, el derecho de bienes entre esposos, etc., que constituían otras tantas jurisdicciones locales. El derecho variaba con frecuencia de una casa á otra; algunas veces, tambien, colocada una casa en el límite de dos jurisdicciones estaba regida en parte por otra. V. la ley del 11 de Mayo de 1839. Gesetzsammlung, 1839, p. 166).

pertenecía á un Estado diferente de aquél al cual se encuentra incorporado.

Con frecuencia el derecho particular que en una ciudad rige es instituido por el Soberano del país ó por la autoridad municipal, con el consentimiento del Soberano.

Este origen del derecho particular de las ciudades se encuentra ya en el imperio romano, donde ántes de que se incorporasen á él tenían su legislacion especial que no perdían completamente por su reunion al imperio, por más que se encontrasen sometidas siempre á las leyes nuevas dictadas en Roma *(d)*, que son precisamente las que en general han proporcionado á los jurisconsultos romanos la ocasion para tratar el asunto que nos ocupa *(e)*. Su derecho contrasta, como derecho particular, con el derecho romano comun. Los derechos que en la Edad Media se formaron en casi todas las ciudades de Italia son mucho más extensos é importantes; contrastan no sólo con el derecho romano, sino tambien con el derecho lombardo, considerado uno y otro como derecho comun *(f)*. Precisamente para estas ciudades se creó la expresion técnica *statuta* que fué despues aplicada á otros países, y á la cual se refiere la teoría de los *statuta personalia, realia, mixta*, (§ 345, *f*).

Hé aquí un caso que podría pretenderse referir á la colision de los derechos territoriales en el seno del mismo Estado, pero que en realidad tiene una naturaleza muy diferente, y no pertenece en modo alguno á la presente indagacion. Pueden existir en cada Estado derechos particulares subordinados unos á otros y exténdiéndose gradualmente desde el territorio más pequeño hasta el Estado entero. Aquí todavía se puede hablar de colision, porque cada uno de estos derechos particulares está en vigor en un determinado lugar; y si se contradiceñ puede preguntarse, á propósito de un caso dado, cuál de estos derechos debe suministrar la regla que ha de aplicarse. Pero entónces la cuestion de la colision, si se quiere emplear este término, tiene un

---

(*d*) Savigny, *Historia del derecho romano* en la Edad Media; t. I, capítulo 2.

(*e*) V. § 344.

(*f*) *Historia del derecho romano* en la edad media. t. III, § 42, 189: t. II, § 76.

sentido completamente distinto del que ofrece cuando se trata de derechos particulares de un mismo Estado, colocados en presencia unos de otros, sin que haya entre ellos ningun lazo de subordinacion ni de dependencia. Cuando se trata de varios derechos subordinados unos á otros, la regla es muy sencilla: se aplica con preferencia el derecho cuyos límites son más extrictos, á ménos que no exista en el derecho superior una disposicion que tenga carácter de ley absoluta (*g*).

La colision entre varios derechos particulares independientes no puede resolverse por una regla tan sencilla. Exige una investigacion más profunda que se encontrará en el trascurso del presente capítulo. Como nos ocupamos aquí únicamente de los derechos particulares de un sólo Estado (*h*), podría creerse que la colision de estos derechos ha sido regulada por la legislacion general de cada nacion. Pero esto no se ha verificado en ninguna de ellas de una manera completa, y las cuestiones más importantes en esta materia han sido abandonadas al dominio de la ciencia.

§ CCCXLVIII.—*Derechos territoriales contradictorios en Estados diferentes.*

II) Paso al segundo caso posible de colision entre varios derechos territoriales, esto es, aquel en que estos derechos no pertenecen al mismo Estado, sino á Estados diversos é independientes unos de otros § (347). Si volvemos sobre los ejemplos que ántes he citado al formular la cuestion general de colision (§ 346), hé aquí la forma que en este caso revisten. Una relacion de derecho litigiosa sobre la cual es llamado á decidir un juez de nuestro país, en virtud de los

---

(*g*) V. t. I, § 21, 45. Así, fuera de este caso especial se aplica la regla segun la cual el derecho de la ciudad se prefiere al derecho del país, y el derecho del país al derecho comun.

(*h*) Esta suposicion es admisible ora un mismo derecho comun domine sobre los derechos particulares (como el Código prusiano domina sobre los derechos provinciales de Brandeburgo, de la Pomerania y de la Prusia Oriental y Occidental), ora no exista esta dependencia (tal es la posicion de las provincias del Rhin respecto á otras provincias de la Prusia), pues una ley general del reino podía regular perfectamente las colisiones de estos diferentes derechos.

hechos que le sirven de base (por ejemplo el lugar en que se ha verificado el acto, el lugar en que se encuentra la cosa litigiosa), pone nuestro derecho positivo en contacto con el derecho positivo contrario de otro Estado. Puede suceder además que ambos litigantes sean nacional s ó ambos extranjeros ó que uno de ellos sea nacional y otro extranjero. Ahora bien, entre estos diferentes derechos territoriales, ¿cuál es el que debe aplicar el juez?

Esta misma cuestion puede presentarse ante el juez extranjero si el proceso no se hubiera entablado en nuestro país sino en otro Estado.

Varios autores han tratado de resolver estas cuestiones por el principio de la independencia de los Estados ó sea de la soberania, y toman como punto de partida las dos reglas siguientes: 1.ª Cada Estado puede exigir que en toda la extension de su territorio no se reconozcan otras leyes que las suyas; 2.ª Ningun Estado puede extender más allá de sus límites la aplicacion de sus leyes (*a*).

Lejos de desconocer la verdad de estos principios quiero llevarlos á sus últimos límites; pero no creo que puedan ayudar mucho á la solucion del proplema.

La extension mayor de la independencia del Estado con respecto á los extranjeros, podría conducir á rehusarles en absoluto la capacidad de derecho. Esta doctrina no es extraña al pueblo romano (*b*); y si bien no ha hecho de ella una aplicacion completa, es indudable que en cuanto á la capacidad de derecho existía al ménos una gran diferencia entre los romanos y los extranjeros (§ 346). La tendencia constante del derecho actual ha sido siempre establecer sobre este punto una asimilacion perfecta entre los extranjeros y los nacionales (*c*).

Pero esta igualdad de las personas no decide todavía nada sobre la colision entre el derecho nacional y los dere-

---

(*a*) Huber, § 2, Story, § 28, 21.

(*b*) El derecho romano declara esta ausencia de todos los derechos con sus consecuencias recíprocas, no sólo respecto á los *hostes*, lo cual implica hostilidades declaradas, sino tambien respecto á los ciudadanos de los Estados que no han contratado con Roma ni *fœdus* ni *amicitia;* L. 5. § 2 de cap. (XLIX. 15).

(*c*) Wächter I, p. 253, II, p. 33, 34, 181; Puchta, Pandekten. § 45 112, Eichhorn, Deutsches, Recht, § 75.

chos extranjeros. Desde luego debemos reconocer que cuando han sido previstos casos de colision por las leyes de un país, los jueces deben conformarse enteramente con estas prescripciones *(d)*. Pero ninguna legislacion ha agotado esta materia, principalmente en los Estados regidos por el derecho comun aleman *(e)*.

En virtud del derecho riguroso de soberanía podría mandarse evidentemente á los jueces de un país que aplicasen exclusivamente su derecho nacional, sin consideracion á las disposiciones contrarias de un derecho extranjero con el dominio del cual pudiera encontrarse en contacto la relacion de derecho litigiosa. Pero semejante prescripcion no se encuentra en ninguna legislacion conocida, y debería rechazarse además por las consideraciones siguientes.

Mientras más numerosas y activas son las relaciones entre los diferentes pueblos, más debemos convencernos de que es preciso renunciar á este principio de exclusion para adoptar el contrario. Por esta causa se tiende á la reciprocidad en la apreciacion de las relaciones de derecho, estableciendo entre nacionales y extranjeros una igualdad ante la justicia que reclama el interes de los pueblos y de los indivíduos. Si esta igualdad se hubiera realizado completamente, no sólo serían accesibles los tribunales en cada Estado de igual manera á los nacionales que á los extranjeros (lo cual constituye la igualdad de tratamiento para las personas), sino que, en los casos de colision de las leyes, la decision dictada sobre la relacion de derecho sería siempre la misma, cualquiera que fuese el país en que la sentencia hubiera sido pronunciada.

El punto de vista á donde nos llevan estas consideraciones es el de una comunidad de derecho entre los diferentes pueblos; en el trascurso del tiempo este punto de vista ha sido cada vez más generalmente adoptado bajo la influencia de las ideas cristianas y de las ventajas reales que á todos reporta.

(*d*) Wächter, I, p. 237 y sig.; Story, § 23. No se comprende como Struve, § 9, 37, combate esta doctrina y declara malas las leyes que no están conformes con los verdaderos principios sobre colision.

(*e*) Lo mismo puede decirse con respecto á la colision de los derechos particulares (§ 347).

El problema que debe resolverse respecto á las dos especies de colision puede formularse, por tanto, del siguiente modo: determinar para cada relacion jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relacion.

Comparada con el derecho riguroso, de que ántes he hablado, esta asimilacion puede considerarse como un acuerdo amigable entre los Estados soberanos que admiten leyes originariamente extrañas á fuentes donde sus tribunales deben buscar el fundamento de la decision de numerosas relaciones de derecho (*f*).

Sin embargo, no debe considerarse este acuerdo como efecto de una pura benevolencia, el acto revocable de una voluntad arbitraria, sino más bien como un desenvolvimiento propio del derecho, que sigue en su camino la misma marcha que la regla sobre la colision entre los derechos particulares del mismo Estado (*g*).

Pero no pueden ser completamente asimiladas una á otra estas dos especies de colision. Se ha visto (§ 347) que la colision entre derechos particulares contradictorios podía ser resuelta por una ley general superior á estos derechos. Semejante solucion es inaplicable á las leyes contradictorias de diferentes estados independientes.

Este punto de vista de una comunidad de derecho entre estados independientes que tiende á regular de una manera uniforme la colision de diferentes derechos positivos era extraño á los romanos. Ha sido necesaria la extraordinaria impulsion dada á las relaciones de los pueblos en los tiempos modernos para hacer fijar y reconocer estos principios generales.

Si los autores modernos no han adoptado expresamente

(*f*) Huber, de conflictu legun, § 2. «Rectores imperiorum id *comiter agunt,* ut jura cujusque populi..... teneant ubique suam vim.» J. Voet, de statutis, § 12, 17. «Dein quid *ex comitate* gens genti..... liberaliter et officiose indulgeat, permittat, patiatur, ultro citroque».....Story, Confiict of lavos, § 24-38.

(*g*) No puedo, pues, estar de acuerdo con Wächter, I. p. 240; II, página 12-15. donde recomienda con gran interés que no se confunda el punto de vista judicial y el punto de vista legislativo. Lo que él llama el punto de vista legislativo pertenece en gran parte al dominio de la jurisprudencia, puesto que el legislador ha dejádo en esta materia una gran latitud al desenvolvimiento científico.

este punto de vista, se aproxima á él realmente siempre que á propósito de esta materia invocan un derecho consuetudinario general (*h*). Es cierto que invocan este derecho principalmente con respecto al dominio del derecho comun aleman; pero al mismo tiempo debe atribuírsele mayor extension, puesto que se le da por base las opiniones de los autores que tienden constantemente á aproximarse y las decisiones judiciales. Se ha discutido con frecuencia sobre el contenido y los límites de este derecho consuetudinario; pero el solo hecho de reconocer generalmente su existencia y de procurarse determinar su contenido es una prueba decisiva en apoyo de mi afirmacion. No debe extrañar en manera alguna que se encuentren incertidumbres y divergencias de opiniones sobre una materia que, como la presente, se encuentra en vias de formacion (*i*).

Los conceptos que acabo de exponer sobre la posibilidad y los beneficios que resultarían de regular de comun acuerdo la colision de los derechos locales se encuentran realizados en gran parte por los tratados concluidos á este propósito entre diferentes Estados, principalmente entre Estados vecinos donde son más frecuentes los casos de colision. Los jurisconsultos recomiendan y desean de todas veras esta clase de tratados y de ello tenemos antiguos ejemplos (*k*). Pero no debe creerse que allí donde los tratados existen hayan establecido un derecho positivo enteramente nuevo y modificado completamente el estado de cosas anterior. Casi siempre no son más que la expresion de esta comunidad de derecho, de que arriba he hablado, y, por tanto, una preparacion á su reconocimiento cada vez más completo.

En nuestros dias, la Prusia es el Estado que ha concluido mayor número de semejantes tratados y en todos domina evidentemente el punto de vista por mí expuesto. A continuacion doy la lista de estos tratados, concluidos por la Prusia con los Estados vecinos, con el fin de citarlos más fácilmente en el curso de esta investigacion.

(*h*) Wächter, p. 255-261; II, p. 175-177, 195, 371; Schaffner, § 21.
(*i*) V. sobre este punto el prólogo del presente tomo.
(*k*) J. Voet, § 1, 12, 17.

Tratado con Sajonia Weimar, 1824; Gesetz-Sammlung, 1824, p. 149.

» Sajonia Altenbourgo, 1832; Id., 1832, p. 105.
» Sajonia Cobour-Gotha, 1833; Id., 1834, p. 9.
» Reusz-Gera, 1834; Id., 1834, p. 124.
» El Reino de Sajonia; 1839; Id., 1839, p. 353.
» Schovarzbourg-Rudoldstadt, 1840; Id., 1840. p. 239.
» Anhalt-Bernbourgo, 1840; Id., 1840, p. 250.
» Brunswick, 1841; Id., 1842, p. 1.

§ CCCXLIX.—*Derechos territoriales contradictorios en Estados diferentes.* (Continuacion).

Hasta ahora hemos llegado á reconocer que para decidir sobre una relacion de derecho en el caso de colision entre diferentes Estados independientes, debía aplicar el juez el derecho local á que perteneciese la relacion de derecho litigiosa, sin distinguir si este derecho es el de su país ó el de un Estado extranjero (§ 348).

Debemos ahora hablar de una restriccion de este principio; pues hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados. En presencia de estas leyes debe el juez aplicar exclusivamente el derecho nacional, aunque nuestro principio exigiera la aplicacion del derecho extranjero. De aquí resultan una série de excepciones muy importantes, cuya determinacion rigurosa es quizás la parte más difícil del problema que tenemos que resolver. Los autores se han preocupado con frecuencia, sin saberlo, de estos casos excepcionales, lo cual ha contribuido mucho para que no se hayan reconocido las reglas que estas excepciones limitan. Por esta causa, el que llegase á fijar el verdadero carácter y los verdaderos límites de estas excepciones simplificaría el debate referente á las reglas mismas, y verificaría una aproximacion entre las diversas opiniones.

Voy á tratar de referir todas estas excepciones á dos clases principales:

A) Leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciacion que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados.

B) Instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro, y que, por consiguiente, no pueden pretender la proteccion de los Tribunales.

A) Leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatorias.

He señalado en otro lugar (*a*) diversos contrastes entre la naturaleza y el orígen de las reglas de derecho. Debemos, pues, referirnos á estas instituciones; pero en este punto son insuficientes, y para conseguir nuestro objeto nos es preciso estudiar más atentamente las diferencias que presenta la naturaleza de las reglas jurídicas.

Sería gran error creer que basta la distincion entre las reglas supletorias y las absolutas (§ 16). Esta distincion no deja de tener influencia sobre nuestro asunto, pues una regla de derecho puramente supletoria no figurará nunca entre los casos excepcionales que nos ocupan (*b*). Pero sería un grave error atribuir á todas las leyes absolutas un carácter de tal manera positivo y obligatorio, que se las debiese colocar entre los casos excepcionales. Así, por ejemplo, toda ley sobre el principio de la prescripcion, es una ley absoluta, porque no está hecha únicamente para suplir la expresion de una voluntad privada; sin embargo, se reconoce unánimemente que las leyes de esta clase pueden aplicarse sin inconveniente alguno fuera de los límites del Estado donde han sido promulgadas (§ 362).

Para saber si una ley pertenece á los casos excepcionales es preciso investigar ante todo la intencion del legislador. Si la ha expresado formalmente, esta expresion basta; pues tiene el carácter de una ley sobre la colision, á la cual debe prestarse siempre una completa obediencia (§ 348, *d*). Pero como semejantes declaraciones existen, rara vez debemos remitirnos á las diferencias que presenta la naturaleza de las leyes absolutas, lo cual nos dá la distincion siguiente.

(*a*) V. t. I, § 15, 16, 22.

(*b*) Toda ley sobre las sucesiones abintestato, es una ley supletoria, puesto que sólo se trata de la ausencia de un acto de última voluntad. Se reconoce tambien generalmente que se puede extender la accion de esta clase de leyes más allá de su primitivo dominio; la gran divergencia de opiniones no versa sobre estas leyes en sí mismas, sino sobre su aplicacion á la propiedad territorial, asunto de que hablaré más adelante con mayor detenimiento (§ 376).

Existe una clase de leyes absolutas cuyo único motivo y fin es el de garantizar por medio de reglas ciertas el ejercicio de los derechos y que, por consiguiente, han sido hechas exclusivamente en interés de los titulares del derecho.

Tales son las leyes que restringen la capacidad de obrar por causa de la edad, del sexo, etc., las que regulan las formas de la trasmision de la propiedad (por simple contrato ó por tradicion). No hay razon alguna para colocar estas leyes entre los casos excepcionales, y las colisiones á que dan lugar pueden regularse perfectamente segun el principio de la más libre comunidad de derecho, pues nunca vacilará un Estado en permitir en su territorio la aplicacion de una ley extranjera de esta especie.

Otra clase de leyes absolutas tiene por el contrario su motivo y su objeto fuera del dominio del derecho abstractamente concebido (*c*), de manera que no están hechas únicamente en interés de las personas titulares de los derechos. Las leyes de esta especie pueden tener por base un motivo moral; tal es la ley que prohibe la poligamia. Pueden estar dictadas por un motivo de interés general (*publica utilitas*), ya revistan un carácter político, ya de policía ó de economía política; tales son varias leyes que restringen la adquisicion de la propiedad inmueble para los judíos.

Todas las leyes de esta clase pertenecen á los casos excepcionales arriba mencionados, de manera que en lo que respecta á su aplicacion cada Estado debe considerarse como absolutamente libre. Así en un país á donde está prohibida la poligamia deben rehusar los tribunales su proteccion al matrimonio del extranjero contraido segun las leyes de su país que lo autoricen. Si nuestras leyes prohiben á los judíos la adquisicion de la propiedad territorial, deben nuestros jueces prohibir esta adquisicion, no sólo á los judíos de nuestro país, sino tambien á los judíos de los Estados extranjeros donde no exista esta interdicion, por más que, segun los principios generales sobre la colision, la capacidad personal del derecho y la capacidad de obrar estén determinadas por las leyes del domicilio de la persona. Pero recíprocamente el Estado extranjero cuyas leyes permitan

---

(*c*) «Contra rationem juris.» V. t. I, § 16, nota *p*.

á los judios la adquisicion de la propiedad territorial permitirá esta adquisicion á los judíos de nuestro país, sin tener en cuenta la ley prohibitiva de su domicilio personal.

B) Instituciones de un Estado extraño cuya existencia no se encuentra en general reconocida por el nuestro.

El juez de un Estado que no reconoce la muerte civil de la legislacion francesa ó rusa, no aplicará la incapacidad jurídica resultante de la muerte civil impuesta en Francia ó en Rusia, aunque segun las reglas generales sobre la colision, la capacidad personal de los individuos esté determinada por el derecho de su domicilio (*d*). De igual manera, en un país donde es desconocida la esclavitud, el esclavo negro que en él resida no será tratado como propiedad de su señor, ni como privado de la capacidad de derecho (*e*). Respecto á este último caso los dos puntos de vista que acabo de exponer conducen al mismo resultado. La esclavitud como institucion de derecho no está reconocida entre nosotros y segun nuestras ideas hay inmoralidad en tratar á un hombre como á una cosa. El primer motivo es tambien aplicable al caso de la muerte civil; pero no lo es el segundo, porque la muerte civil no es más inmoral que cualquiera otra pena más rigurosa.

A pesar de las diferencias exteriores que existen entre las clases de leyes absolutas que acabo de enumerar tienen todas un carácter de anomalía comun, en virtud del cual escapan á esta comunidad del derecho por punto general tan deseable respecto á la colision de los derechos locales. Pero debe esperarse que, por consecuencia del natural desarrollo del dereche en los diferentes pueblos, el número de estos casos excepcionales tenderá constantemente á disminuir (*f*).

Las excepciones á las reglas generales sobre la colision contenidas en ei presente párrafo, se refieren á los derechos

(*d*) V. t. II, § 75.—Schäffner, § 35, tiene sobre este punto distinta opinion, á ménos que se admita en principio que debía ejecutarse la sentencia dictada en pais extranjero.

(*e*) Wächter, II, p. 172; Schäffner, § 34.

(*f*) Cuando trate (§ 365) de la capacidad de derecho y de la capacidad de obrar haré las aplicaciones más importantes y variadas de las reglas aquí expuestas. Lo que ahora puede parecer muy abstracto resaltará entónces con una evidencia que ha de ayudarme para convencer completamente al lector.

territoriales contradictorios de diferentes Estados. Dichas excepciones se aplican mucho más raramente á los derechos particulares de un solo y mismo Estado (§ 347); pues las leyes positivas, rigurosamente obligatorias que más arriba he definido, se dictan ordinariamente para el Estado entero, sin consideracion á los límites de derechos particulares. Sin embargo, estos casos excepcionales existen tambien en el mismo Estado cuando la diversidad de los derechos locales se remonta á una época en que varias partes del territorio actual no se habían incorporado todavía al Estado. Tal es principalmente la relacion que existe entre el derecho de las provincias del Rhin prusianas y el de las demás provincias de Prusia. Así, pues, las reglas especiales sentadas en el presente párrafo encuentran igualmente aplicacion dentro de los límites de un mismo Estado.

§ CCCL.—*Principios del derecho romano sobre el* origo *y el* domicilium.—Introduccion.

El resultado de nuestra indagacion ha sido hasta ahora reconocer que la colision de diferentes derechos positivos en el juicio de una relacion de derecho, se regulaba directa y principalmente segun el estado jurídico de la persona obligada en esta relacion, y que las numerosas é importantes desviaciones de este principio debían relacionarse, para ser bien comprendidas, con el principio mismo que modifican (§ 345). Hemos reconocido además que segun una regla desde largo tiempo admitida, el estado jurídico de la persona se determina por el territorio y no por el orígen (§ 346-348).

Pero hasta aquí no hemos obtenido más que un resultado de pura forma; pues nos queda siempre por saber de qué manera la persona y el estado de su derecho se refieren al territorio, como tambien dónde ha de encontrarse la relacion que une la persona y el derecho territorial. Hé aquí la cuestion que debemos resolver primeramente.

Encontramos aquí dos relaciones de hecho que constituyen el lazo que buscamos: *origo* y *domicilium*, el orígen y el domicilio. Trataré de explicar la significacion de estos dos hechos, su influencia jurídica y la relacion que entre ellos existe.

Nadie pone en duda que estas expresiones y las ideas

por ellas designadas nos han sido trasmitidas por el derecho romano: todos los que las aplican se remontan á las fuentes de este derecho. Debemos, pues, ante todo determinar exactamente lo que los jurisconsultos romanos entienden por estas expresiones y la influencia que los mismos atribuyen á las ideas jurídicas que aquellas designan. Esto no quiere decir que los principios de los romanos deban siempre servirnos de guía; pues se verá en el curso de esta indagacion que sobre una de estas materias difiere esencialmente el estado actual del derecho del que existía entre los romanos. Debemos, pues, comenzar por ponernos en guardia contra las falsas aplicaciones que podrían hacerse de pretendidos términos técnicos y de pretendidas reglas del derecho romano.

Uno de los dos términos enunciados, el de *domicilium*, ofrece pocos peligros; pues las reglas sobre el domicilio no han sido esencialmente modificadas; de modo que la aplicacion diaria basta para no separarnos de los verdaderos principios. Otra cosa sucede con el *origo* (el orígen), no porque las decisiones del derecho romano sean oscuras ó equívocas, sino porque hoy el estado del derecho difiere completamente del que existía entre los romanos: por consiguiente, la práctica no basta para la inteligencia de los principios, ni para prevenir ideas erróneas. Como el término *origo* puede traducirse fácilmente por el lugar del nacimiento, esta interpretacion ha sido frecuentemente admitida por los jurisconsultos modernos, aun por aquellos que entienden el *origo* segun las fuentes del derecho romano (*a*). El simple lugar del nacimiento es por sí una circunstancia enteramente accidental, sin ninguna influencia jurídica.

Antes de fijar el sentido verdadero de estas expresiones técnicas, hago observar que su significacion práctica no podía quedar restringida á la solucion de nuestra cuestion, como consecuencia aislada, sino que esta solucion misma

---

(*a*) Voet, ad Pand. V, 1, § 91. «Est autem originis locus, in quo quis *natus est* aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente.» Esta adicion previene las consecuencias de la falsa doctrina; pero segun las citas que le siguen se ve que las opiniones no se encuentran conformes sobre este punto. Glück, t. VI, § 511, es igualmente incierto y confuso; pues la idea del lugar del nacimiento oscurece en él la exposicion de los verdaderos principios.

entra como simple parte accesoria en un más vasto conjunto.

Cada indivíduo, en efecto, en lo que toca á las relaciones del derecho público, se encuentra colocado bajo una doble dependencia: primero, respecto al Estado de que es ciudadano y súbdito; segundo, respecto á una circunscripcion local más restringida (segun la constitucion romana, una municipalidad), que forma una de las partes orgánicas del Estado. La dependencia que liga el indivíduo á esta circunscripcion más extrecha tiene consecuencias diversas é importantes; en derecho romano lo somete á las cargas locales (*munera*); le impone la obediencia á los Magistrados municipales y lo somete al derecho positivo de la ciudad, que debe ser considerado como el derecho personal de este indivíduo.

La obediencia respecto á los Magistrados municipales se manifiesta por la jurisdiccion á que cada indivíduo se encuentre regularmente sometido, el *forum originis* y el *forum domicilii*.

Por último, el derecho positivo local, como derecho personal de cada indivíduo, nos daba ocasion para mencionar aquí sumariamente este objeto; era conveniente señalarlo ántes de hablar de la relacion que existe entre la competencia del juez y el derecho personal (*forum et lex originis*, *forum et lex domicilii*(*b*).

Despues de estas observaciones preliminares voy á mostrar el verdadero sentido que tenían en derecho romano *origo* y *domicilium* y la relacion práctica de uno á otro. El *origo* y el *domicilium*, en efecto, determinan para cada indivíduo:

1.º La obligacion de participar de las cargas de la ciudad (*munera*).

2.º La obediencia hácia los Magistrados municipales y principalmente la jurisdiccion personal que con ella se relaciona.

(*b*) No debe causar sorpresa verme aquí emplear expresiones tan generales y abstractas. Las explicaciones y detalles más precisos, tanto sobre el derecho romano como sobre el derecho actual, sólo pueden tener lugar en el curso de la presente indagacion.

3.° El derecho especial de una ciudad que le es aplicable como atributo de su persona.

Estos efectos son producidos, ya por las dos relaciones que acabo de describir (*origo* y *domicilium*) y entónces pueden existir en dos diferentes localidades, ya por una de estas relaciones solamente. Estos son los puntos que se trata ahora de precisar.

§ CCCLI.—*Principios del derecho Romano sobre el* origo *y el* domicilium.

Fuentes comunes al *origo* y al *domicilium.*

Dig. L. 1 (ad municipalem et de incolis) y L. 4 (de muneribus et honoribus).

Cod. X, 38 (de municipibus et originariis), y X, 39 (de incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his qui studiorum causa in alia civitate degunt).

En el tiempo en que la constitucion romana había adquirido todo su desarrollo, hácia el fin de la República y en los primeros siglos de la dominacion imperial, eran partes integrantes del Estado romano las que á continuacion se expresan *(a)*.

La Italia entera, no comprendiendo en ella la ciudad de Roma, se componía de un gran número de comunidades urbanas, la mayor parte municipios y colonias, y de diversas comunidades secundarias. Cada una de ellas tenía su constitucion más ó ménos independiente, sus Magistrados, su jurisdiccion y aun su legislacion especial (§ 347 *d*). Así, todo el suelo de Italia, á excepcion de la ciudad de Roma y de su territorio, estaba comprendido bajo la dependencia de estas ciudades y todo habitante de Italia pertenecía á la ciudad de Roma ó á una de estas comunidades urbanas.

Las provincias, por el contrario, tenían en su orígen constituciones muy diferentes. Poco á poco se fueron aproximando á la constitucion de las ciudades de Italia, sin llegar nunca, sin embargo, á una completa asimilacion.

En tiempo de los grandes jurisconsultos, en el segundo

(*a*) Véase Savigny, *Historia del derecho romano* en la Edad Media, t. I, cap. II.

ó tercer siglo de la era cristiana, se podía aplicar á casi todo el imperio lo que hemos dicho de Italia; casi todo el suelo del imperio estaba dividido en territorios distintos de ciudades; y, así, los habitantes del imperio habían de pertenecer á la ciudad de Roma ó á una de estas comunidades urbanas (*b*).

Estas comunidades se designan bajo el nombre general de *civitates* ó *respublicæ* (*c*). El territorio de cada ciudad se llamó *territorium* y algunas veces tambien *regio* (*d*). Cada territorio de ciudad y la comunidad que de él dependía abrazaba los *vici* comprendidos en los límites (*e*) y las casas de campo aisladas que en todo tiempo han constituido tan gran parte de la poblacion italiana. Segun lo dicho, puede afirmarse que el suelo del imperio se dividía casi por completo en una multitud de territorios de ciudades.

Tenemos ahora que mostrar de qué manera pertenecía cada indivíduo á una comunidad urbana y se encontraba respecto al comun en una determinada relacion de dependencia. Esto tenía lugar de dos maneras: primeramente, por el derecho de ciudad dentro del comun (*origo*); segundo, por la residencia en el territorio de la ciudad (*domicilium*).

I. Derecho de ciudad.

El derecho de ciudad se adquiere por los hechos siguientes: nacimiento, adopcion, manumision y admision (*f*).

1) Nacimiento (*origo nativitas*) (nota *f*).

Este hecho es por completo independiente de la voluntad

(*b*) Mostraré más adelante, cómo podrían, y áun como debieron despues pertenecer al mismo tiempo á una y á otra.

(*c*) V. t. II, § 87. *Municipes*, como término colectivo, se emplea frecuentemente para designar el comun mismo como persona jurídica; entónces es sinónimo de *Municipium*, por más que esta palabra, en su sentido abstracto (aplicada á toda clase de ciudades), no se encuentre usada (§ 352, f, g).

(*d*) *Territorium*. L. 239, § 8 de V. S. (L. 16); L. 20 de jurid (II, 1); L. 29 de jud. (V, 1); L. 35, C. de decur. (X, 31). *Regio*. Siculus Flaccus de condictionibus agrorum (Gromatici veteres, ed. Lachmann Berol. 1848, p. 135).

(*e*) L. 30, ad mun. (L. 1). Había antiguamente *vici* que formaban una *res publica* independiente. Festo, V. *vici*.

(*f*) L. 1, pr. ad mun. (L. 1). «*Municipem aut nativitas facit, aut manumissio, aut adoptio.*» L. 7; C. de incolis (X, 30). «*Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio*, incolas vero...: domicilium facit.»

libre del que de este modo se encuentra perteneciendo á la ciudad.

Sobre el nacimiento se funda ordinariamente el derecho de ciudad; su nombre se emplea tambien para designar el derecho que confiere (*g*).

Se trata aquí del nacimiento proveniente de un matrimonio regular, cuando el padre mismo tiene el derecho de ciudad (*h*). En principio, la ciudad natal de la mujer no tiene aquí influencia alguna. Sin embargo, existían ciertas ciudades privilegiadas cuyas mujeres trasmitían el derecho de ciudad á sus hijos legítimos (*i*). Los hijos naturales adquieren por su *origo* el derecho de ciudad en la ciudad natal de su madre (*k*).

2) Adopcion (nota *f*).

La adopcion no destruye el derecho de ciudad resultante del nacimiento; pero el hijo adoptivo adquiere un segundo derecho de ciudad, que trasmite á sus hijos (*l*). La emancipacion del hijo adoptivo anula todos los efectos de la adopcion, y por consiguiente, tambien los que pertenecen al derecho público (*m*).

3) Manumision (nota *f*).

El esclavo manumitido no podía tener ningun derecho de nacimiento; mas por la manumision adquiría el derecho de ciudad en la ciudad natal de su patrono, derecho que trasmitía además á sus hijos. Si el patrono tenía más de un derecho de ciudad ó si el esclavo comun de varios señores era manumitido por ellos, la manumision confería tambien varios derechos de ciudad (*n*).

(*g*) L. 6, pr., § 1, 3; L. 9, ad num. (L. 1); L. 16, § 3, eod. (*jus originis*). Otros textos más precisos llaman *patria* ó *civitas* á la relacion de derecho (respecto á la cual el *origo* no es más que el principio. y esto no siempre) L. 27. pr.: L. 30 eod.

(*h*) L. 1 § 2: L. 6 § 1, ad mun. (L. 1); L. 3, C., ad munic. (X, 38).

(*i*) L. 1, § 2, ad mun. (L. 1). No resulta claramente si el hijo era solamente ciudadano de la ciudad paterna ó materna, ó si lo era de ambas ciudades. Esta última suposicion es la más verosímil.

(*k*) L. 1, § 2: L. 9, ad mun. (L. 1).

(*l*) L. 15, § 3: L. 17, § 9, ad mun. (L. 1).

(*m*) L. 16, ad mun. (L. 1).

(*n*) L. 6, § 3: L. 7: L. 22, pr.; L. 27. pr.; L. 37, § 1 ad mun. (L. 1); L. 3, § 8, de mun. (L. 4): L. 2; C., de municip. (X, 38). Sobre el texto y sobre el sentido de la L. 22, pr., ad mun., Véase Zeitsch, f. gesch. Rechtsw. IX. p. 91-93. El derecho de ciudad podia adquirirse por una

4) Admision (*allectio*) (*o*).

Por ella debe entenderse el derecho de ciudad conferido con la libre voluntad de los Magistrados municipales; este derecho de los Magistrados no podría ser puesto en duda aunque no lo hubiéramos expresado en ninguna parte formalmente:

El derecho de ciudad con sus consecuencias no se anulaba por la sola voluntad de los que se econtrasen investidos del derecho por una de las formas que acabo de enumerar (*p*). La mujer que se casaba en una ciudad extranjera no perdía el derecho de ciudad en su ciudad natal, pero durante el matrimonio (*q*) estaba exenta de las cargas personales que á ella le tocasen (*munera*). Una exencion semejante de las cargas locales, sin destruir completamente el derecho de ciudad conferido por el nacimiento, existía respecto al ciudadano elevado á la dignidad de Senador y sus descendientes (*r*); lo mismo sucedía respecto á los soldados durante todo el tiempo de su servicio (*s*).

De estas diversas reglas resulta un hecho capital, á saber, que con frecuencia una sola persona podía tener al mismo tiempo derecho de ciudad en varias ciudades del imperio romano, y por consiguiente, ejercitar los derechos y soportar las cargas inherentes al título de ciudadano en cada una de ellas (*t*). Así, el derecho de ciudad, conferido

---

manumision completa. Los *dediticii* no eran ciudadanos de la ciudad de su patrono (§ 356), como tampoco lo eran los *Latini Juniani*.

(*o*) L. 7, C., de incolis (X, 39), «*allectio vel adoptio.*» En algunos manuscritos falta la palabra *vel* ó ha sido reemplazada por *atque*, pero esta variacion no influye sobre el sentido. Una variante más importante es la de: allectio, *id est* adoptio, que Cuyacio cita segun los manuscritos, pero sin aprobarlo (in III libros, Opp, II, 737). Con arreglo á esta variante no sería la admision un medio especial de adquirir el derecho de ciudad, pero no tenemos motivo alguno para poner en duda lo contrario.

(*p*) L. 6, pr., ad mun. (L. 1); L. 4, 5, C., de municip. (X, 39). Se concebiría que los magistrados municipales hubieran podido decretar la expulsion de igual manera que la admision.

(*q*) L. 37, § 2, L. 38, § 3, ad mun. (L. 1; C., de muner. (X, 62).

(*r*) L. 23, pr.; L. 22, § 4, 5, ad mun. (L. 1).

(*s*) L. 3, § 1; L. 4 3, de muner. (L. 4).

(*t*) Esto parece contradicho por Ciceron, pro Balbo, capítulo II; «Duarum civitatum civis esse nostro jure civili nemo potest.» Pero en este texto se habla de ciudades que no estaban comprendidas en el Estado romano, sino que tenían el carácter de Estados independientes. Trato

por el nacimiento, podía añadirse más tarde otro resultante de la adopcion ó de la admision (nota *l*). De igual manera, un esclavo emancipado podía adquirir por su manumision varios derechos de ciudad (nota *u*).

Por otra parte, puede concebirse que un indivíduo no tenga derecho de ciudad en ninguna poblacion, por más que este caso fuese indudablemente muy raro. Debía presentarse respecto al extranjero admitido á residir en el imperio romano, sin haber llegado á ser ciudadano de ninguna ciudad (nota *o*); respecto al que habiendo cesado de pertenecer á una ciudad con el consentimiento de los Magistrados municipales (nota *p*), no había adquirido en otra parte este derecho, por último, respecto á los manumitidos de la última clase que, siendo *dedititiorum numero*, no pertenecían á ningun comun (*u*).

§ LCCLII.—*Principios del derecho romano sobre el* origo *y el* domicilium.—I. Origo. (Continuacion).

La gran diferencia que existía primitivamente entre la constitucion de las ciudades de Italia y la de las provincias podría inducir á creer que las reglas anteriormente expuestas sobre el territorio de las ciudades y sobre el derecho de ciudad se aplicaban exclusivamente á Italia y no á las provincias. Pero en realidad no existía, á este respecto, casi ninguna diferencia. En casi todas las provincias los territorios de las ciudades (*territoria*) aparecían deslindados como en Italia (*a*).

Estos deslindes y su influencia sobre la sumision á las cargas municipales, principalmente respecto á las aldeas que de las ciudades dependían, daban lugar así en las provincias como en Italia á numerosos litigios. Unicamente en varias ciudades, sobre todo en Africa, no comprendían

---

aquí solamente de las ciudades pertenecientes al imperio romano.

(*u*) Ulpiano XX, § 14.

(*a*) Debe exceptuarse el Egipto cuya constitucion era bajo este aspecto singularmente restringida. No tenía procónsul, ni propretor, sino únicamente un *præfectus augustalis* de un rango inferior (Dion. Casio; LI, 17; LIII, 13; Tácito, hist., I, 11; Digesto, I, 17). El Egipto no tenía tampoco distritos (*nomen*) ni municipalidades; el derecho de ciudad existía solamente en Alejandría (Plinio, Epist. X, 5, 22, 23).

los territorios de las ciudades la totalidad del suelo, existían inmensas dehesas (*saltus*), pertenecientes á personas privadas ó al emperador, que formaban distritos aislados é independientes de toda ciudad *(b)*.

Los principios desenvueltos más arriba sobre la adquisicion del derecho de ciudad por el nacimiento, la manumision, etc., se aplican por los antiguos jurisconsultos á las ciudades de las provincias, de igual manera que á las de Italia, sin distincion alguna (*c*), é idéntica aplicacion se encuentra en lo que concierne á las cargas municipales y la exencion de estas cargas (*vacatio et inmunitas*) (*d*).

En presencia de testimonios tan numerosos y positivos se invocaría equivocadamente un texto de Ulpiano para sentar que en las provincias no se tenía en cuenta por punto general el *jus originis*, sino unicamente el *domicilium* (*e*).

Con este asunto se relaciona una observacion importante sobre los términos *municipium y municeps* que debe tenerse en cuenta para la inteligencia de las fuentes del derecho. La significacion primitiva de estas palabras ha sido objeto de discusiones y controversias, no solo en los tiempos modernos, sino tambien en tiempo de los romanos. Las dudas se refieren en parte á la fraseologia y en parte á los hechos; constituyen pues un problema histórico *(f)*. Pero

---

(*b*) Agennius Urbicus, de controversiis agrorum, p. 84, 85, de los Gromatici veteres, ed. Lachmann, Berol., 1848.

(*c*) L. 1, § 2; L. 37, pr., ad mun. (L. 1) (Ilion, Delphes, le Pont); L. 2, C. de municip. (X, 38) (las ciudades de la Aquitania; L. 7, § 10, de interd. et releg. (XLVIII, 22).

(*d*) L. 8, pr.; L. 10, § 1 de vacat. (L. 5); L. 5, § 1, de j. immunitatis (L. 6).

(*e*) L. 190, de V. S. (L. 16): «Provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, *non eos qui in provincia oriundi sunt.*» Este texto como tantos otros del mismo título presenta en el Digesto una falsa apariencia de generalidad, cuando en el original se refería á una aplicacion enteramente especial, si bien no podemos determinarla hoy con entera certidumbre. V. sobre este texto: Gundligiana, St. 31, n. 2 p. 34-43, Conradi Parerga, p. 482-506, Hollweg, Versuche, p. 6. Respecto á la prohibicion del matrimonio entre los funcionarios romanos y los habitantes de las provincias, se lee, por el contrario, en la L. 38, pr., de ritu nupt. (XXIII, 2): inde oriundum, *vel* ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest,» donde con frecuencia se considera *vel* como equivalente de *id est*; pero esta interpretacion es enteramente arbitraria.

(*f*) V. principalmente Niebuhr, Römische Geschichte, t. II, p. 36-88, 3.ª ed. V. tambien un programa de Rudorff, impreso como prólogo al

podemos descartar esta difícil indagacion como extraña al objeto que nos ocupa, pues posteriormente se ha fijado la fraseología de una manera cierta de la siguiente manera.

Desde la *lex Julia* sobre la concesion del derecho de ciudad á la Italia entera, la palabra *municipium* designó regularmente una clase principal de ciudades italianas, aquellas que en su orígen no habían sido fundadas por Roma, por oposicion con la otra clase principal, la de las *colonias* (*g*). El nombre de *municipium* no es, por tanto, raro en las provincias; sin embargo, no llegó á ser general hasta que el derecho de ciudad se extendió á todo el imperio y por consiguiente á todas las ciudades.

Así, pues, cuando se quería designar en general una comunidad urbana sin distinguir entre los municipios y las colonias, entre la Italia y las provincias, se empleaban regularmente los términos de *res publica* y de *civitas*. Pero entre los antiguos jurisconsultos, *municeps* es la designacion comun de todo ciudadano de cada ciudad sin consideracion á las distinciones indicadas, y por tanto, esta palabra tiene el mismo carácter de generalidad que *res publica* y *civitas* (*h*). La extension de este modo concedida á dos

---

programa de latin de los cursos de la Universidad de Berlin para el segundo semestre de 1848.

(*g*) He aquí la enumeracion regular y frecuentemente reproducida que hace la lex Julia municipalis (Tabula Heracliensis) de los municipium, de Italia I, *municipium, colonia præfectura, forum, conciliabulum.* (Haubold, Monumenta legalia, n. XVI); esta enumeracion es casi la misma en la lex Rubria (id., n. XXI).

(*h*) L. 1, § 1, ad mun. (L. 1): «Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitatem, ut munera nobiscum facerent; *sed nunc abusive municipes dicimus suæ cujusque civitatis cives, ut puta Campanos, Putealonos.*» (En el § 2 se aplica la misma fraseología á Ilion y á Delfos). Lo mismo en la L. 23, pr. eod.. La palabra *abusive* se toma aquí en una doble significacion. La primera contrata con la antigua significacion propia de que habla el texto de Ulpiano. La segunda es que *municeps* no se aplica unicamente á los municipios, sino tambien á las colonias y á las ciudades de las provincias. Estas últimas se mencionan en el § 2; pero desde el tiempo de Neron Puteoli era ciertamente una colonia Tácito, Ann. XIV, 27. En el primer sentido se encuentra ya la fraseologia *abusive* (*municeps* por *civis*) en Ciceron, ad fam (XIII, 11): «meos municipes Arpinates»; pro Cliencio, 16. «municipium suorum dissimillium»; y de legibus, II, 2. La lex Julia mucipalis, lin 145 (Haubold, p. 129) distingue todavía con gran cuidado los *municipes*, los *coloni* y los *qui ejus præfecturæ erant* (V. lin. 159, 163). Y sin embargo, si la palabra *municipes* ha sido tomada posterior-

expresiones análogas se explica, pues, de una manera satisfactoria. Si se hubiera restringido la denominacion de *municeps* á los habitantes de los municipios propiamente dichos, no habría quedado para designar al ciudadano de una ciudad otra expresion que la de *civis* (*i*), correspondiente á *civitas*, que era efectivamente la designacion de toda comunidad urbana. Pero en este punto el término *civis* no era propiamente aplicable; pues ocupaba un lugar tan importante y necesario en la clasificacion de los *cives*, *latini*, *peregrini* que los jurisconsultos romanos no habrian consentido atribuirle un sentido nuevo, susceptible de numerosos equívocos.

De este modo, *municeps* había llegado á ser la designacion general de todo el que tenía derecho de ciudad en un lugar distinto que Roma, es decir de todos los que pertenecían á una comunidad urbana, dependencia expresada ordinariamente con las palabras *origo* ó *patria*.

Este lazo de dependencia recibió una extension enteramente particular desde el momento en que la *lex Julia* hubo concedido el derecho de ciudad romana á Italia entera y Caracalla á todas las provincias. Como el derecho de ciudad romana, segun su significacion primitiva era el derecho de ciudadanía de la ciudad de Roma, casi todos los habitantes de Italia y de las provincias, que ya ántes podían tener varios derechos de ciudad (§ 351), tuvieron en adelante por lo menos dos, el de la ciudad que habitaban y el de la ciudad de Roma. Esta doble *patria* ha sido expresamente reconocida en épocas muy diferentes (*k*). Por lo demás, esta relacion tenía ménos importancia de la que pudiera creerse á primera vista. Roma no imponía al derecho de ciudad cargas municipales (*munera*) tan pesadas como las de otras

---

mente en un sentido general debe atribuirseles quizás á esta ley, pues se aplica á los ciudadanos de toda clase de pueblos italianos y llevaba el nombre de *lex Julia municipalis*.

(*i*) Este termino se encuentra efectivamente en la L. 7, C., de incolis (X, 39).

(*k*) Ciceron de legibus, II, 2: «Omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturæ, alteram civitatis... habuit alteram loci patriam, alteram juris.» L. 23, ad mun. (L. 1), (Modestino): «Roma communis nostra patria est.» Ciceron habla solamente de los ciudadanos de ciudades italianas; Modestino se refiere á todos en general (nostra): cada uno segun el derecho de su tiempo.

ciudades, pues la mayor parte de los gastos municipales se costeaban de diferente manera. La jurisdiccion fundada sobre el derecho de ciudad (*forum originis*), sujetaba ciertamente los ciudadanos de otras ciudades ante los tribunales de Roma, pero con restricciones importantes. Estos extranjeros solo podían ser asignados á Roma cuando se encontraban en ella accidentalmente y bajo la reserva de numerosas excepciones, comprendidas todas bajo el nombre general de *jus revocandi domum* (*l*). Por último, la aplicacion del derecho local en Roma á los habitantes de otras ciudades, que constituye el objeto directo de la presente indagacion, es una cuestion que trataré más adelante (§ 357) relacionándola con una más vasta unidad.

No debe creerse que, segun la nueva combinacion de derechos que acabo de indicar, todos los habitantes del imperio debiesen necesariamente tener, al ménos en Roma, derecho de ciudad (como *cives romani*); pues aún posteriormente á la ley del emperador Caracalla hubo siempre un gran número de personas que iban á formar parte de las clases inferiores, manteniendo la existencia de estas clases; tales eran los nuevos *latini* y *peregrini* que resultaban de una manumision incompleta (*m*) y los extranjeros que el Imperio aceptaba como súbditos, sin conferirles el derecho de ciudad.

Así, pues, como ántes decía (§ 351), existían en el imperio romano personas libres que no estaban ligadas á ninguna poblacion por el derecho de ciudad, proposicion que debe tenerse por verdadera en todo tiempo, aunque su aplicacion haya venido á ser cada vez más rara y menos importante.

§ CCCLIII.—*Principios del derecho romano sobre el* origo *y el* domicilium.

II. Domicilium.

(*l*) L. 28, § 4, ex quib. caus. (IV, 6); L. 2, § 3, 6, de jud. (V, 1); L. 24 28, eod.

(*m*) Justiniano fué el primero que derogó estas manumisiones incompletas, (Cod., VII, 5, 6), cuyos efectos se habían mantenido hasta entonces, tanto para los esclavos así manumitidos, como para sus descendientes.

Fuentes (350).

Autores.

Lanterbach, de domicilio 1663 (Diss., t. II, n. 72).

Thomasius, de vagabundo (Diss., t. I, n. 3).

Glück, t. VI, § 512-515.

Kierulff. t. I, p. 122-128.

El segundo motivo que relacionaba un indivíduo con una comunidad urbana era el domicilio (*domicilium*) (*a*).

Se considera como domicilio de un indivíduo el lugar en donde reside constantemente y que ha elegido libremente como centro de sus negocios y de sus relaciones jurídicas (*b*). La residencia constante no excluye una ausencia momentánea, ni una variacion ulterior; la reserva de esta facultad se implica por sí misma.

El domicilium, de igual manera que el *origo* establecia un lazo de dependencia entre los indivíduos y una comunidad urbana; por tanto, se refería siempre al territorio de una ciudad (*c*), y comprendia no solamente los habitantes de la ciudad misma, sino tambien los habitantes de las aldeas y casas de campo aisladas (*coloniæ*) que formaban parte de este territorio (*d*).

(*a*) *Domicilium* me parece mejor traducido en aleman por *Wohnsitz* que por *Wohnort*, pero no puedo admitir que tenga una significacion diferente, como pretende Linde, § 88, nota *l*. Explicaré pronto la diferencia que existe entre el domicilio y la simple residencia. Estableceria desde luego los principios del derecho romano para el *domicilium*. de igual manera que para el *origo*; pero se verá más adelante que en cuanto á los puntos más importantes, ocupa el *domicilium* en el derecho actual casi el mismo lugar que en el derecho romano; por esta razon he creido deber ocuparme del derecho actual al mismo tiempo que del romano.

(*b*) L. 7, C., de incolis, (X, 39). (V. § 350. *f*): «...incolas vero... domicilium facit. Et in eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discenssurus, si nihil avocet, unde quum profectus est, pereginari videtur, quo si rediit, peregrinari jam destitit.» L. 203, de V. S. (L. 16): «...Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset.»

(*c*) L. 3, 5, 6, C., de incolis, (X, 39).

(*d*) L. 239, § 2, de V. S. (L. 16): «...Nec tantum hi, qui in oppido morantur, incole sunt, sed etiam qui alicujus oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se, quasi in aliquam sedem recipiant.» Esto parece contradicho por las L. 27, § 1; L. 35, ad mun. (L. 1), las cuales sólo atribuyen el *domicilium* al habitante de una *colonia*. cuando por una estan-

Las personas que por razon de su domicilio dependen de un comun urbano se designan ordinariamente con la expresion de *incola* (*e*). Las siguientes diversas expresiones presentan rasgos de estos dos motivos de dependencia, el derecho de ciudad y el domicilio:

Municipes et incolæ (*f*).

Origo et domicilium (*g*).

Jus originis et jus incolatus (*h*).

Patria et domus (*i*).

Por la definicion que he dado del domicilio se vé que difiere este esencialmente de la simple residencia y de la posesion territorial. La residencia que no está acompañada de la intencion actual de fijeza y perpetuidad no constituye domicilio, aunque por circunstancias accidentales no fuera momentánea y se prolongase por largo tiempo. Tal es, por ejemplo, la residencia de los estudiantes en la poblacion donde hacen sus estudios: segun una ley de Adriano para que esta residencia pueda ser considerada como constante y constituyendo, por tanto, un domicilio debía ser al ménos de diez años (*k*). La posesion de un inmueble situado en el territorio de una ciudad no es condicion necesaria para el domicilio, ni basta para fijarlo (*l*).

---

cia prolongada ha gozado de los beneficios y placeres de la ciudad. Pero esta restriccion, descansa sin duda en una expresion inexacta, y no se refiere al *domicilium* en sí mismo considerado, sino á algunos de sus efectos; á la participacion de ciertas cargas impuestas por la ciudad. En efecto, no se ha puesto nunca en duda que los habitantes de las colonias estaban sometidos á la jurisdiccion de los magistrados municipales (*forum domicilii*). V. § 355, *m*.

(*e*) L. 5, § 20, ad mun. (L. 1); L. 239, § de V. S. (L. 16), (nota *d*); L. 7, C., de incolis, (X, 39), (nota *b*).

(*f*) L. 6, § 5, de mun. (L. 4). Sobre la palabra *municipes*; V. § 352, *g*; sobre *incolæ*, nota *e*. En la L. 22, § 2, ad mun. (L. 1), emplea Paulo una expresion inexacta cuando habla de simples habitantes (*municipes* en lugar de *incolæ*); quiere solamente decir que los habitantes soportan tambien los *munera* de la ciudad.

(*g*) L. 7, § 10, de interd. et releg. (XLVIII, 22), L. 6, § 3; L. 22, § 2, ad mun. (L. 1).

(*h*) L. 15, § 3, ad mun. (L. 1); L. 5, C., de incolis (X, 39).

(*i*) L. 203, de V. S. (L. 16).

(*k*) L. 5, § 5. de injur. (VLVII, 10); L. 2, 3, C., de incolis; (X, 39). Los diez años hacen presumir únicamente la voluntad de establecerse de una manera definitiva. Lauterbach, de domicilio, § 27.

(*l*) L. 17, § 13; L. 22, § 7, ad mun. (L. 1); L. 4, C., de incolis, (X, 39). Varias ciudades tenían el privilegio de poder imponer los *munera* per-

La constitucion del domicilio con sus consecuencias jurídicas resulta de la voluntad libre unida con el hecho de la habitacion, y no de una simple declaracion de voluntad sin el referido hecho *(m)*. La libertad se considera tan esencial en esta materia que no puede ser restringida por una disposicion de derecho privado. Así, por ejemplo, si se hacía un legado bajo la condicion de un determinado domicilio, esta condicion se reputaba como no escrita *(n)*. El derecho público, por el contrario, puede poner á esta libertad más de un género de restriccion. Así, todo empleado público, el soldado, por ejemplo, tiene un domicilio necesario: el lugar donde sirve (*o*); el desterrado, el lugar de su destierro (*p*). Recíprocamente, una residencia determinada puede ser prohibida por una pena *(q)*.

Hé aquí además algunos casos en que, por consecuencia de las relaciones existentes entre dos personas, el domicilio de la una determina el de la otra, lo cual podría llamarse un domicilio relativo.

1) Las mujeres casadas tienen en general y necesariamente el domicilio de sus maridos (*r*). La viuda conserva este domicilio miéntras que no contrae un segundo matrimonio ó se constituye de otro modo en un domicilio nuevo (*s*).

2) Los hijos legítimos, desde el momento de su nacimiento tienen indudablemente el domicilio de su padre.

Pero más tarde pueden abandonar este domicilio de ori-

---

sonales á los simples poseedores de inmuebles, aunque no domiciliados. L. 17, § 5, ad mun. (L. 1).

(m) L. 20, ad mun. (L. 1): «Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera, ut incolas vocari.»

(*n*) L. 31, ad mun. (L. 1); L. 71, § 2, de cond. (XXXV, 1). V. t. II, p. 270, 271.

(*o*) L. 23, § 1, ad mun. (L. 1).

(*p*) L. 22, § 3, ad mun. (L. 1).

(*q*) L. 23, ad mun. (L. 1); L. 7, § 10, de interd. et releg. (XLVIII, 22). La declaracion de la L. 27, § 3, sobre que el relegado conserva su antiguo domicilio, significa que la pena no lo exime de las cargas que soportaba ántes de la condena.

(r) L. 5, de ritu nupt. (XXIII, 2); L. 65, de jud. (V, 1); L. 38, § 3, ad mun. (L. 1); L. 9, C., de incolis (X, 38); L. 13, de dignit. (XII, 1). Este domicilio se llama *domicilium matrimonii*. No resulta de un matrimonio nulo ni de los simples esponsales. L. 37, § 32, ad mun. (L. 1).

(*s*) L. 22, § 1, ad mun. (L. 1).

gen y elegir libremente otro *(t)*. Se reconoce de igual manera que los hijos naturales tienen el domicilio de su madre.

3) Se aplica la misma regla á los manumitidos. Tenían primitivamente el domicilio de su patrono *(u)*; mas posteriormente fueron libres de elegir otro (*v*).

4) Actualmente se aplica el mismo principio á los servidores á sueldo (*w*), á los jornaleros ocupados constantemente en una finca rústica y á los obreros que ejercen su oficio en el taller de un maestro.

El abandono del domicilio se verifica, de igual manera que su constitucion, por un acto libre de voluntad. Ordinariamente, aunque esta condicion no sea necesaria, coincide semejante abandono con la adopcion de un nuevo domicilio, y hé aquí por qué se le llama traslacion en las fuentes del derecho (*x*).

§ CCCLIV.—*Principios del derecho romano sobre el* origo *y el* domicilium.—II. Domicilium. (Continuacion).

Una persona puede tener al mismo tiempo domicilio en diferentes ciudades cuando divide entre ellas el conjunto de sus relaciones y negocios y las habita alternativamente segun sus necesidades. Más de un jurisconsulto romano había puesto en duda la posibilidad de esta pluralidad de domicilios; pero se acabó por admitirla, si bien reconociendo que era un caso raro y que sólo debe admitirse con gran reserva *(a)*.

Recíprocamente, puede suceder que un indivíduo carezca

(t) L. 3; L. 4; L. 6, § 1; L. 17, § 11, ad mun. (L. 1). No es dudoso tampoco que los hijos siguen á su padre cuando despues del nacimiento de aquellos cambia éste de domicilio, en tanto que continúan viviendo con él.

(*u*) L. 6, § 3; L. 22, pr. ad mun. (L. 1). Sobre éste último texto véase la disertacion ya citada, § 351, *n*.

(*v*) L. 22, § 2; L. 27, pr.; L. 37, § 1, ad mun. (L. 1).

(*w*) V. la Preuszische Allg. Gerichtsordnung, I, 2, § 13.

(*x*) L. 20, ad mun. (V. nota *m*); L. 1, C., de incolis (X, 39). Esta mutabilidad se encuentra designada por la expresion *domicilii* ratio *temporaria*. L. 17, § 11, ad mun. (L. 1).

(a) L. 5; L. 6, § 2; L. 27, § 2, ad mun. (L. 1); C., 2, pr., de sepult. in VI (III, 12).

de domicilio en el sentido técnico de la palabra, por más que este caso sea tan raro como el anterior (*b*). Puede presentarse en las diferentes circunstancias que voy á enumerar.

1) Cuando se abandona un domicilio adquirido y se busca uno nuevo, durante todo el tiempo que se tarda en elegirlo y en constituirse realmente (*c*). Este caso tiene poca importancia, porque semejante intervalo es ordinariamente muy corto.

2) Cuando durante un largo espacio de tiempo se dedica una persona á viajar sin tener ningun lugar por centro permanente de sus negocios, y á donde vuelva regularmente. Este caso presenta tambien poca importancia á causa de su rareza.

3) En el caso de aquellos que, no teniendo profesion ni residencia fija, se entregan á la vagancia y sostienen su existencia por medios perjudiciales al interés general y peligrosos para la seguridad pública. Esta clase de gentes es muy numerosa y constituyen uno de los azotes de nuestra época (*d*).

La definicion expuesta anteriormente (§ 353) sobre el domicilio, está fundada en las relaciones de la vida natural del hombre, y, por consiguiente, no podría aplicarse á las personas jurídicas (*e*). Sin embargo, puede ser necesario asignarles artificialmente un domicilio semejante ó análogo al de las personas naturales, principalmente cuando se tra-

---

(*b*) L. 27, § 2, ad mun. (L. 1).

(*c*) L. 27. § 2, ad mun. (L. 1). Presenta frecuentemente este caso respecto á los criados, jornaleros y obreros que al cambiar de amo cambian al mismo tiempo de residencia (§ 353, n. 4).

(*d*) Es de extrañar que las fuentes del derecho romano no contengan ninguna disposicion especial sobre esta clase de indivíduos. Los esclavos fugitivos (*errones, fugitivi*) L. 225, de V. S. (L. 16), de que se hace mencion con frecuencia no pueden ser incluidos en esta clase, porque jurídicamente hablando, tienen un domicilio determinado, cual es el de sus señores. Esta omision se explica fácilmente, teniendo en cuenta que los que se entregan hoy á la vagancia (como tambien la mayor parte de nuestros proletarios) se encontraban entre los romanos en estado de servidumbre. Thomasius, de vagabundo, § 79, 91, 112, llama *vagabund* al que no tiene *domicilium*, y lo distingue de las gentes sin hogar, contra el uso que atribuye el mismo sentido á ambas expresiones: nadie llamará vago al comerciante que abandona su domicilio para buscar otro. ó al sábio, viajero de profesion.

(*e*) V. t. II, § 85 y sig.

ta de determinar la jurisdiccion á que se encuentran sometidas *(f)*. En la mayor parte de los casos la relacion que existe entre la persona jurídica y el suelo destruye toda incertidumbre: tal es el caso de las ciudades y aldeas, iglesias, escuelas, hospitales, etc.; pero esta incertidumbre puede existir tratándose de empresas industriales cuya explotacion no se aplica á un lugar determinado ó abraza grandes espacios, por ejemplo, cuando se trata de un camino de hierro, de una navegacion, ó de construir puentes sobre rios cuyas orillas corresponden á una jurisdiccion ó á una legislacion diferente en cada una, ó aún pertenecen á diferentes Estados. Conviene entónces asignar un domicilio á la persona jurídica en el acto mismo de su constitucion *(g)*; y si esta precaucion se olvida, debe el Juez determinar artificialmente el lugar que considere como centro de la empresa.

Resumiendo lo dicho sobre los dos motivos independientes uno de otro que ligan un indivíduo con un determinado comun urbano, el derecho de ciudad y el domicilio (§ 351, 354) se obtiene las siguientes combinaciones:

Un indivíduo podía tener derecho de ciudad en una ciudad, en varias de ellas, ó no tenerlo en ninguna (§ 351).

El mismo indivíduo podía tener además domicilio en una ciudad, en varias, ó no tener ninguno (§ 354).

Pero segun el curso regular y ordinario de las cosas cada uno sólo era ciudadano de una poblacion y en ella tenía al mismo tiempo su domicilio.

§ CCCLV.—*Principios del derecho romano sobre el* origo *y el* domicilium.—*Efectos de estas relaciones.*

Despues de haber expuesto los dos motivos que relacionan un indivíduo con un comun urbano, réstanos estudiar

---

(f) V. Linde, Lehrbuch, § 88, nota 14.

(g) Ejemplos, estatutos de la compañía del camino de hierro, Berlin-Sächsischen Auhattischen, § 1: «Berlin es su domicilio y se encuentra sometida á la jurisdiccion del Tribunal real de la ciudad de Berlin;» estatutos de la compañía del camino de hierro de Berlin á Stettin, § 3. «Stettim es el domicilio de la compañía, etc. (Getzsamml. für die Prenszischen Staaten, 1839, p. 178; 1840, p. 306).

el lado práctico de este asunto, es decir, las consecuencias jurídicas que resultan de semejante dependencia.

Podría esperarse encontrar aquí en una igual medida los derechos y los deberes; y en este sentido causará extrañeza que las fuentes del derecho hablen casi exclusivamente de los deberes sin mencionar los derechos. Hé aquí cómo se explica esta circunstancia. El derecho de ciudad, *origo*, confería ciertamente derechos que en su orígen tenían una gran importancia, principalmente el derecho exclusivo de tomar parte en la administracion de la ciudad como Senador ó Magistrado municipal. Pero bajo los emperadores cristianos el título honorífico de Senador se había convertido en una carga opresiva (*a*), y sobre las Magistraturas municipales sólo encontramos en las fuentes del derecho escasísimos datos á causa de estar destinadas al imperio de Justiniano, es decir, al imperio de Oriente (*b*). Por otra parte, las cargas inherentes al principio á la cualidad de ciudadano continuaban subsistiendo sin modificacion alguna: así, pues, las fuentes del derecho podían y debían exponerlas en su conjunto. En cuanto al domicilio, no podría tratarse de derechos propiamente dichos, porque su establecimiento depende de la única voluntad de los individuos (§ 253); cosa que no se compadece con la adquisicion de verdaderos derechos. Así, cuando se trata de las consecuencias prácticas del domicilio, en vez de una enumeracion de determinados derechos encontramos una mencion de prerogativas y beneficios de hecho (*c*).

Sólo nos resta ocuparnos de las obligaciones que resultan del derecho de ciudad ó del domicilio. Ya se ha dicho (§ 350), que estas obligaciones pueden reducirse á las siguientes categorías: cargas municipales, jurisdiccion, derecho local; trátase ahora de desenvolver estos diferentes puntos y de indicar el lugar que ocupan en las fuentes.

I. *Cargas municipales (munera)*.

(*a*) Savigny, *Historia del derecho romano* en la Edad Media, t. I, § 8.
(*b*) Id. § 22.
(*c*) L. 27, § 1, ad mun. (L. 1). «Si quis... in illo (municipio) vendit, emit, contrahit, in eo foro, balneo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis... fruitur, ibi magis debere domicilium...» Sobre este texto V. § 353, *d*.

La expresion *munera* designa en general toda especie de cargas, pero aquí se aplica solamente á las que resultan del derecho público, *publica munera*, no *privata* (*d*), y especialmente á las que impone el derecho de ciudad ó el domicilio adquirido en una ciudad: por esta razon se las llama tambien *civilia munera* (*e*). Sin embargo, no quiere esto decir que semejantes cargas se establecieran exclusivamente en interés de las ciudades; por el contrario, una gran parte de la administracion pública local era costeada por estas, y frecuentemente el producto de las cargas municipales más opresivas se aplicaba á las necesidades del Estado y no á las de las ciudades que las soportaban (*f*).

Los jurisconsultos romanos establecen entre *munus* y *honor* la distincion de que únicamente al último se refiere una dignidad personal (*dignitas*) (*g*). Pero no debe creerse que *honor* expresase solamente derechos y dignidad, sin deberes ni obligaciones. El *honor* era tan obligatorio como el *munus* (*h*); ambos eran tan considerados como cargas municipales, de modo que esta distincion es solamente nominal.

Los jurisconsultos romanos distinguen además las cargas de la persona y las de los bienes (*munera personalia* y *patrimonii*), segun que entrañan penas y trabajos, ó gastos y responsabilidad que comprometen los bienes (*i*). Esta distincion, sin embargo, no estaba bien señalada (*k*), y ofrecía

---

(*d*) L. 239, § 3, de V. S. (L. 16); L. 18, § 28, de mun. (L. 4). La distincion que en otros lugares se encuentra (L. 14, § 1, de num.) de los *munera* en *publica* y *privata* no se refiere á las cargas municipales exclusivamente, porque estas son todas públicas, sino á las cargas en general, algunas de las cuales corresponden á relaciones de derecho privado.

(*e*) L. 18, § 28, de mun. (L. 4).

(*f*) V., por ejemplo, L. 18, § 3, 4, 8, 16, de num. (L. 4).

(*g*) L. 14, pr., § 1; L. 6, § 3, de mun. (L. 4). La expresion *honor* no se aplicaba solamente á los Magistrados, sino tambien á los decuriones, L. 5, de vac. (L. 5).

(*h*) L. 3, § 2, 3, 15, 17, de mun. (L. 4).

(*i*) L. 1, § 1-4, de mun. (L, 4); L. 6 § 3-5, eod.; L. 18, pr., § 1-17, eod. Entre las cargas personales figuran las funciones de los Jueces y las tutelas. L. 1, § 4; L. 18 § 14, eod.; L. 8, § 4; L, 13, pr., § 2, 3, de vac. (L. 5).

(*k*) Por esta razon se admite frecuentemente una clase intermedia: *mixta munera*. L. 18, pr., § 18-27, de mun. (L. 4).

poco interés; pues ambas pesaban principalmente sobre los que dependían de la ciudad y únicamente sobre ellos. Importa, por el contrario, distinguir cuidadosamente las cargas que gravan únicamente sobre la propiedad territorial, tales como el impuesto de este nombre, sin consideracion á la persona del poseedor que puede ser extraño á la ciudad ó depender de ella (por el *origo* ó el *domicilium*) (*l*).

Esta obligacion de soportar las cargas municipales alcanzaba regularmente á todos los que pertenecían á la ciudad, ora como ciudadanos, ora como domiciliados (*m*). Así, el que tenía el derecho de ciudad, ó áun el domicilio, en varias ciudades (§ 351, 354), soportaba en cada una de estas la totalidad de las cargas municipales, y podía, por consiguiente, encontrarse en situacion muy gravosa.

Tal era la regla general obligatoria para todos; pero experimentaba numerosas excepciones y bajo denominaciones diferentes (*vacatio*, *excusatio*, *immunitas*) concedíanse exenciones diversas, las unas perpétuas, las otras temporales (*n*).

II. Jurisdiccion (*forum originis*, *domicilii*).

El principio fundamental en esta materia es que todo proceso debe ser llevado ante la jurisdiccion del demandado y no ante la del demandante (*o*). Si ahora se pregunta dónde está la jurisdiccion del demandado, el derecho romano responde: en la ciudad á que éste pertenece y ante los Magistrados á quienes debe obediencia. Pero los individuos pertenecen á una ciudad, tanto á causa del derecho de ciudad como á causa del domicilio, y, por consiguiente, el

---

(*l*) L. 6, § 5, de mun. (L. 4); L. 14, § 2; L. 18, § 21-25; L. 29, 30; eod.; L. 10, pr., de voc. (L. 5); L. 11, eod. En otro texto se encuentra una fraseología algo diferente; estas cargas, puramente territoriales, se llaman *patrimonii munera*. L. un., C., de mulier. (X, 62).

(*m*) L. 22, § 2; L. 29, ad mun. (L. 1); L. 6, § 5; L. 18, § 22, de mun. (L. 4); L. 1, C., de municip. (X, 38); L. 4, 6, C., de incolis (X, 39). Respecto al *domicilium* de los que habitan en los campos situados en el territorio de las ciudades (§ 353, *d*), si el lenguaje de varios textos nos parece indeciso, débese á que varias de estas cargas se repartían de diferente modo en cada lugar.

(*n*) Dig. L. 5, y 6; eod., X, 44-64. No tengo necesidad de entrar en el detalle de estas exenciones porque carecen de interés en el asunto que nos ocupa.

(*o*) Vat. fragm. 325, 326, L. 2, C., de jurisd. (III, 13); L. 3, C., ubi in rem (III: 19); L. 3, 4, C., ubi causa status (III, 22).

principio se traduce por esta regla práctica: cada cual puede ser citado como demandado en toda ciudad donde tiene derecho de ciudadanía, como tambien en toda ciudad donde tiene un domicilio. Así es precisamente como se expresa dicha regla, con indicacion del motivo superior arriba expuesto, en el siguiente texto de Gayo (*p*): «Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis erit; nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis numeribus fungi debet.»

Este texto importante establece identidad de relaciones entre la jurisdiccion y las cargas municipales; de donde resulta que una misma persona se encuentra igualmente sometida á la jurisdiccion de todas las ciudades donde tiene ya derecho de ciudad, ya un domicilio. Por consecuencia, tambien, el demandante puede elegir la ciudad ante cuyo tribunal quiere llevar el proceso, y el demandado está obligado á comparecer en él.

En presencia de un texto que expresa tan claramente la regla, su motivo superior y su relacion con las cargas municipales, podría causar extrañeza encontrar tan pocas veces mencionada la jurisdiccion que se funda en el simple derecho de ciudad *(forum originis)*, distinto del domicilio. Varios textos que hablan incidentalmente de la jurisdiccion personal con motivo de casos particulares, mencionan siempre el *forum domicilii* y no el *forum originis* (*q*).

Sin embargo, este hecho no podría ocasionar duda alguna sobre la legitimidad de la regla. Su explicacion es la siguiente. En primer lugar, la regla no tenía aplicacion completa más que en Italia y no en las provincias, donde los Magistrados de las ciudades carecían de jurisdiccion *(r)*; en

---

(*p*) L. 29 ad mun. (L. 1).

(*q*) L. 19, § 4, de jud. (V, 1); L. 29, § 4, de inoff. test. (V, 2); L. 1, 2, de reb. auct. jud. (XLII, 5), Vat. fragm. 326; L. 2, C., de jurisd. (III, 10); L. 1, C., ubi res her. (III, 20); L. 4, C., ubi causa status (III, 22). Varios textos, por el contrario, atribuyen al demandante el derecho de elegir entre el *forum domicilii* y el *forum contractus*. L. 19, § 4, de jud. (V, 1); L. 1, 2, 3, de reb. auct. jud. (XLII, 5).

(*r*) Posteriormente fueron investidos los defensores de una jurisdiccion muy restringida durante largo tiempo, y que no adquirió alguna importancia hasta el tiempo de Justiniano. Savigny, *Historia del derecho romano* en la Edad Media) t. II, § 23.

ellas, por tanto, no podía existir una jurisdiccion fundada en el derecho de ciudad, miéntras que la idea abstracta de domicilio era perfectamente aplicable al territorio de la provincia, y, por consiguiente, de igual modo á la jurisdiccion del lugarteniente imperial que al territorio de un comun. Varios de los textos citados hablan expresamente de las provincias (*s*); y acaso otros hablen tambien de ellas, aunque no podamos reconocerlo, dado el estado en que han llegado hasta nosotros. Por otra parte, cuando un indivíduo tenía el derecho de ciudad en un pueblo y su domicilio en otro, acaso no se aplicaba el *forum originis*, sino cuando este indivíduo se encontraba accidentalmente en la poblacion donde tenía el derecho de ciudad (*t*). Aunque esta regla restrictiva no hubiera existido, el demandante encontraría siempre ventaja en preferir el *forum domicilii*; pues era más fácil y más cómodo dirigirse al demandado en el lugar de su domicilio.

Observo, para terminar, que todas estas reglas, fundadas en gran parte sobre testimonios de los antiguos jurisconsultos consignados en el Digesto, no han debido aplicarse generalmente hasta que la autoridad imperial, desenvuelta ya y afirmada, hubo establecido una gran uniformidad en las diferentes partes del imperio. Pero podría suceder muy bien que varias provincias, despues de su sumision al imperio romano, hubiesen conservado por un especial privilegio una organizacion judicial de que no encontramos vestigio alguno en el Digesto (*u*).

§ CCCLVI.—*Principios del derecho romano sobre el* origo *y el* domicilium.—*Efectos de estas relaciones.*— (Continuacion).

III. El derecho particular de una ciudad, como atri-

(*s*) Así, por ejemplo, entre los textos citados en la nota *q*: L. 19, § 4, de jud. (V, 1); L. 29, § 4, de inoff. (V, 2); Vat. fragm. 326.

(*t*) Esto es lo que tiene lugar respecto al *forum originis* en la ciudad de Roma (§ 352, *k*); el no encontrar aplicada semejante prescripcion á otras ciudades, debemos, quizás, atribuirlo á circunstancias pasajeras.

(*u*) Así aparece principalmente respecto á Sicilia. Ciceron, in Verrem, act. 2, lib. II, C., 13, 24, 25, 37.

buto de los que de ella dependen (*lex originis domicilii*).

Se ha visto anteriormente que la dependencia establecida entre un indivíduo y un comun urbano tenía tres efectos: las cargas municipales, la jurisdiccion y el derecho de ciudad como atributo de la persona. He tratado con detenimiento los dos primeros de estos efectos (§ 355): me falta ocuparme del tercero, el único que entra directamente en nuestro asunto y que ha motivado las consideraciones expuestas, por ser este el solo medio de estudiar en su unidad verdadera la sumision de la persona al derecho local de una ciudad determinada.

Esta indagacion se relaciona con los principios establecidos anteriormente, segun los cuales toda persona cae bajo el dominio de un derecho determinado (§ 345), dominio que es principalmente local ó territorial (§ 350) y que, segun la constitucion romana, está formado por el territorio de una ciudad (§ 351). Pero como toda persona puede pertenecer al territorio de una poblacion por razon del derecho de ciudad ó por razon de su domicilio, la sumision de una persona al derecho territorial de una ciudad puede estar fundada en uno ó en otro de estos motivos.

Aquí, pues, se manifiesta un enlace íntimo entre los tres efectos más arriba enumerados, principalmente entre los dos últimos (la jurisdiccion y el derecho territorial), porque pueden considerarse como dos diferentes fases del conjunto local. El reconocimiento de este enlace íntimo es muy importante para la solucion de nuestro problema, pues excede de los límites de la constitucion romana y tendremos que recurrir á él cuando tratemos de fijar el estado actual del derecho.

Trato ahora de buscar en las fuentes del derecho romano la justificacion y el desenvolvimiento de los principios que dejo sentados. A la verdad, las decisiones del derecho romano son poco numerosas en esta materia, y son tanto menos numerosas, cuanto que una sana crítica ha de obligarnos á desechar como extrañas á nuestro propósito decisiones que se refieren á él en apariencia. De este modo, apenas bastarán á darnos á conocer completamente las ideas de los Romanos.

1) El caso más antiguo que debemos citar se refiere á la colision de una ley positiva romana con el derecho de

otro Estado soberano si bien aliado de Roma (§ 348) (*a*).

El año 561 de Roma (*L. Cornelio Merula, Q. Minucio Thermo coss.*) se encontraban los deudores abrumados por la usura. Existían muchas leyes represivas contra ésta, pero los usureros las eludían poniendo sus créditos á nombre de los habitantes de los Estados vecinos (*socii, latinii*). Ahora bien, no encontrándose estos sometidos á las leyes positivas sobre la usura, hallábanse los deudores sin proteccion contra ellos (*b*). Con el fin de evitar estas desleales maniobras se dictó una ley que declaró las leyes romanas sobre el préstamo de dinero (las leyes sobre la usura) obligatorias para los *socii* y *latinii* acreedores de los ciudadanos romanos (*c*).

2) Hé aquí una regla de derecho de la misma naturaleza reconocida por un senado-consulto del tiempo de Adriano. El hijo nacido de un matrimonio contraido *secundum leges moresque peregrinorum* nace extranjero, es decir, que sigue la condicion de su padre cuando en la época del nacimiento la madre solamente (y no el padre) había adquirido el derecho de ciudad romana. De este modo, se aplicaba con una reciprocidad completa á los ciudadanos de los Estados extranjeros el principio del derecho romano segun el cual el *status* de los *legitime concepti* se regula por la época de la concepcion (*d*).

Los casos siguientes se refieren á la colision de las leyes positivas de Italia con el derecho de las provincias, es decir, á una colision de derechos dentro de los límites del Estado romano.

3) En principio, la obligacion del *fidepromissor* no pasaba á los herederos, como la del *fidejussor*; más por excepcion pasaba á los herederos la obligacion del *fidepromissor* cuando este era *peregrinus* y pertenecía á la ciudad de una

(*a*) Tít. Liv., XXXV, 7.

(*b*) La incertidumbre que envuelve la historia de las leyes sobre la usura no nos permite determinar completamente la cuestion. Acaso se trataba de la ley sobre el *unciarum fœnus*, acaso sobre el *semunciarum*. Esta cuestion no tiene interés para el asunto que nos ocupa.

(*c*) Tít. Liv. l. c.: «plebesque scivit, ut cum sociis ac nomine Latino pecuniæ creditæ jus idem, quod cum civibus Romanis esset.»

(*d*) Gayo, 1, § 92, comparado con el § 89.

provincia cuyo derecho positivo difiriese en este punto del romano *(e)*.

4) Había ordenado una *lex Furia* que las obligaciones de los *sponsores* y *fidepromissores* prescribiesen por dos años y que si había varias cauciones de esta especie, cada una de ellas respondiera solamente de una parte de la deuda y no de su totalidad. Pero esta ley se había hecho para la Italia solamente y no para las provincias (*f*), es decir, que se aplicaba exclusivamente á los ciudadanos de las poblaciones de Italia y no á los de las ciudades de provincias, aunque gozasen del derecho de la ciudad romana (*g*).

5) Existía una clase de emancipados cuya manumision no los hacía *cives* ni *latini*, sino únicamente *peregrini* y aún con restricciones especiales (*dedititiorum numero*): de estos manumitidos se dice que no pueden hacer testamento, ni como ciudadanos romanos, puesto que no tienen el título de tales, ni como *peregrini*, porque no pertenecen á una ciudad determinada, con arreglo á cuyo derecho pudieran testar (*h*). Lo cual implica evidentemente que si este *peregrino* era ciudadano de una ciudad de provincia que reconociese el derecho, de testar y tuviese reglas sobre el ejercicio de este derecho podría hacer, conforme á estas reglas, un testamento tan válido en Roma como en su patria. Si no se tiene esta capacidad es porque generalmente no pertenece á ciudad alguna como ciudadano (§ 335, *n*).

(*e*) Gayo, III, § 120: «Præterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quæramus, *et alio jure civitas ejus utatur*.» Puede extrañar que nombrándose el *sponsor* al lado del *fidepromissor* en la exposicion de la regla, no se mencione en la excepcion; pero la omision se debe á que los extranjeros no podían ser *sponsores*. Gayo, III, § 93.

(*f*) Gayo, III, § 121, 122.

(*g*) Los *sponsores* que los §§ 121, 122 suponen ser *provinciales* debían tener necesariamente el derecho de ciudad romana. V. nota *e*. Rudorff. (Zeitchrift, XIV, p. 141), trata de restringir el sentido de la ley Furia, de manera que fuese inaplicable al conjunto de los hechos que nos ocupan. La discusion de este punto nos llevaría demasiado léjos.

(*h*) Ulpiano, XX, § 14: «Latinus Junianus, item is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest... qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, *quoniam nullius certæ civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suæ testetur*.» En lugar de *civis est*, que es evidentemente correcto, el manuscrito pone *sciens*, leccion que se ha tratado de defender con razones forzadas y poco satisfactorias. *Adversus*

6) Puédese, por último, recordar aquí que el derecho especial de las ciudades latinas sobre el matrimonio fué abandonado cuando estas ciudades obtuvieron el derecho de ciudad romana (*i*).

Sería muy aventurado pretender fijar reglas completas sobre la colision de los diferentes derechos territoriales, con arreglo á este pequeño número de decisiones aisladas. He aquí, sin embargo, algunos puntos que pueden servirnos de guia.

A) Cuando se verifica un contrato entre dos ciudadanos pertenecientes á diferentes Estados no se puede oponer á ninguna de las partes el derecho puramente positivo del Estado extraño y se les aplica el *jus gentium* (*k*). No obstante, algunos motivos políticos pueden en ciertos casos hacer derogar este principio (n. 1).

B) El derecho de ciudad en una determinada poblacion regula para cada indivíduo el derecho á que se encuentra personalmente sometido y segun el cual debe ser juzgado (N. 3, 4, 5).

Encontramos en los jurisconsultos romanos dos clases de decisiones que podrían tomarse fácilmente por reglas sobre la observacion del derecho local; pero como realmente no tiene este carácter es preciso guardarse mucho de hacer aplicacion de ellas al caso que nos ocupa.

Tales son primeramente ciertos textos aislados que remiten la interpretacion de un acto jurídico á las *costumbres locales*, lo cual no debe confundirse con las *reglas del derecho* local. Así cuando se trata de interpretar un contrato indeterminado, se supone que las partes han tenido intencion de conformarse con el *uso* del lugar del contrato (*l*); término que no se refiere evidentemente á una regla de derecho de la localidad, sino á los usos de hecho adoptados generalmente en la misma. Encontramos varias aplicaciones

---

no significa aquí *contra, en oposicion con*, sino, *segun conforme á estas leyes*. El mismo sentido tiene en la L. 5, de usurp. (XLI, 3). Algunos quieren corregir el texto y reemplazar *adversus* por *secundum*. Véase Lachmann, Zeitschrift, IX, 203.

(*i*) Aulo Gelio, lib. IV, c. IV.

(*k*) V. § 348, *c*.

(*l*) L. 34, de R. J. (L. 17): «...id sequamur, quod in regione in qua actum est *frequentatur*.»

importantes de esta regla de interpretacion respecto á las cauciones que debían suministrarse para las adquisiciones de un valor considerable; estas cauciones se regulan por el uso de los lugares, es decir, que la caucion debe ser semejante á las que se acostumbran prestar voluntariamente (*m*). Los intereses moratorios se pagan con arreglo á la tasa de intereses que entónces existe en la localidad (*n*). Lo mismo sucede respecto á los intereses debidos á un mandatario por las sumas que éste ha adelantado (*o*). En estos dos textos no se trata de una regla de derecho local sobre la tasa de los intereses, sino del valor actual del dinero en la localidad. El motivo de esta disposicion es que los intereses deben indemnizar al acreedor de la privacion de sus fondos, por lo que esta indemnizacion se regulã segun el importe de los intereses que hubiera podido realmente procurarse.

Existen además textos más importantes todavía que clasifican en tres categorías los habitantes libres del imperio romano (*cives, latini, peregrini)*, las cuales categorías podrían considerarse en correspondencia con un derecho positivo determinado. Bajo este concepto podría creerse que el *jus civile* rige á la primera clase y el *jus gentium* á las dos clases inferiores. Pero esta suposicion es enteramente inadmisible. Esta clasificacion tenía ciertamente una gran importancia para la capacidad de los individuos, pues el *civis* gozaba del *connubium* y el *commercium*, el latinus del *commercium* sin el *connubium* y el *peregrinus* no gozaba de uno

---

(*m*) L. 6, de evict. (XXI, 2). Por un motivo semejante vino á ser la *duplex stipulatio* en las ventas importantes una obligacion del vendedor. L. 31, § 20, de æd. ed, (XXI, 1); L. 2; L. 37, pr., § 1, de evict. (XXI, 2). Se encuentran otras aplicaciones (respecto á los testamentos) de esta regla de interpretacion en la L. 21, § 1, qui test. (XXVIII, 1); L. 50, § 3, de leg. 1 (XXX, un); L. 18, § 3, de instructo (XXXIII, 7). Sin embargo, se verá más adelante (§ 372) que debe hacerse indirectamente uso en nuestro asunto de los textos que descasto aquí.

(*n*) L. 1, pr., de usuris (XXII, 1): «...usurarum modus *ex more regionis*, ubi contractum est, constituitur.»

(*o*) L. 37, de usuris (XXII, 1): «...debere dici usuras venire, *eas autem, quæ in regione frequentantur*.» (Son los intereses moratorios de que habla el texto que precede). V. tambien L. 10, § 3, mand. (XVII, 1); L. 7, § 10; de admin. (XXVI, 7).

ni de otro (*p*); mas por lo demás esta clasificacion no tenía relacion alguna con el asunto que nos ocupa, es decir, con el conjunto del derecho positivo aplicable á cada individuo. Algunos ejemplos pondrán este punto fuera de toda duda. Las reglas del *jus gentium* se aplicaban á los *cives* de igual manera que las del *jus civile*. El *Latinus Junianus*, aun teniendo, como latino, la *testamentifactio*, no podía hacer testamentos, porque le estaba especialmente prohibido; pero si su hijo, que era un latino nacido libre á quien no alcanzaba esta prohibicion, usaba de su derecho de latino para testar (*q*), su sucesion se regía por las reglas de la *hereditas*, esto es, segun el rigor del *jus civile*, el cual por consiguiente, se aplicaba á su persona.

Si los textos de que acabo de hablar no pertenecen á nuestro asunto es preciso decir otro tanto y con mayor razon de las decisiones del derecho romano que ordenan la aplicacion de un derecho consuetudinario local, sin establer contraste alguno con otro derecho consuetudinario de la misma especie, es decir, sin referirse á ningun caso de colision (*r*).

§ CCCLVII.—*Principios del derecho romano sobre el* orígo *y el* domicílium.—*Efectos de estas relaciones* (Continuacion).

Del conjunto de esta indagacion resulta que el que pertenece á una ciudad determinada se encuentra sometido: 1.° á

(*p*) V. t. I, § 64, 66. La regla de que la forma de estipulacion, *spondes? spondeo* se permite á los ciudadanos romanos únicamente y se prohibe á los extranjeros, se debe á los principios sobre la capacidad de derecho y no á la teoría de la aplicacion de los derechos territoriales (única cosa de que aquí nos ocupamos). Gayo, III, § 93.

(*q*) Ulpiano, XX, § 14. Ulpiano, id. § 8, dice expresamente que tenía la *testamentifactio*, y que esta prohibicion enteramente especial era la que le impedía hacer testamento. Por lo demás el testamento descansaba en la forma de la mancipacion, y en su consecuencia, la *testamentifactio* era idéntica al *commercium*, es decir, á la capacidad del mancipium, que pertenecía á todas las clases de Latinos. Ulpiano, § 4, 5.

(*r*) Entre estos textos se puede citar: L. 1, § 15, de inspic. ventre (XXV, 4); L. 19, C. de locato (IV, 65). Tal es tambien la mencion de los *chirographa* y *singraphœ* como un *genus obligationis proprium peregrinorum*. Gayo, III, § 134. Por lo que toca particularmente á la regla *locus regit actum*. V. § 382.

las cargas municipales, 2.° á la jurisdiccion de la ciudad, 3.° al derecho positivo especial que la rige. Todas estas consecuencias se relacionan por un enlace íntimo y se las puede considerar como de la misma especie. Existe entre ellas, sin embargo, una diferiencia importante que se trata de señalar.

Cuando una persona pertenecía á varias ciudades por razon del derecho de ciudad ó del domicilio, se encontraba al mismo tiempo sometida á las cargas municipales y á la jurisdiccion de cada una de estas ciudades, pero no podía estar á la vez sometida al derecho positivo de las mismas, porque esta hubiera implicado contradiccion. Esta persona podía, en efecto, ser citada ante diferentes magistrados, á eleccion del demandante, pero no podía ser juzgada segun reglas de derecho diferentes y acaso diametralmente contrarias. No pudiendo estar sometido cada uno más que á un solo derecho local, era preciso optar necesariamente entre las diferentes ciudades, por más que estuviesen al mismo nivel en cuanto á las cargas municipales y á la jurisdiccion.

Tengo por cosa incontestable que cuando una persona tenía derecho de ciudad y domicilio en diferentes ciudades, el derecho local que le correspondía estaba determinado por el derecho de ciudad y no por el domicilio. He aquí los motivos que militan en favor de esta opinion. Desde luego, si se compara el derecho de ciudad con el domicilio, el cual dependía de una voluntad arbitraria ó caprichosa, habrá de concederse que el derecho de ciudad era un lazo más estrecho y superior en sí mismo. En segundo lugar, era tambien más antiguo, puesto que se remontaba á la época del nacimiento y el domicilio existente en otro lugar no podía ser más que el resultado de un acto posterior de la voluntad libre: no se vé, pues, razon alguna para cambiar el derecho territorial una vez constituido respecto á la persona. Por último, en los textos del derecho romano citados ántes se lee: «si..... alio jure *civitas ejus* utatur (§ 356, *e*) y: «quoniam nullius *certæ civitatis civis est* (§ 356, *h*): expresiones que indican claramente que el derecho de ciudad y no el domicilio determinan el derecho territorial aplicable á cada uno.

Si se admite esta regla como verdadera nos falta decidir sobre los siguientes casos que no se encuentran en ella comprendidos.

Primero. Un indivíduo podía tener derecho de ciudad en varias ciudades á la vez, en una por su nacimiento, en la otra por la adopcion ó la admision (§ 351). En semejante caso se daba evidentemente la preeminencia al derecho de ciudad más antiguo, al que resultaba del nacimiento (al origo) pues no existía motivo alguno para cambiar el estado personal del derecho. Para la fijacion del derecho personal no se tenía en cuenta de modo alguno el derecho de ciudad de Roma que cada *municeps* acumulaba al derecho de ciudad de su pueblo (§ 352); este último es el que únicamente se tomaba en consideracion.

Segundo. Un indivíduo podía no tener derecho de ciudad en ninguna poblacion (§ 351) y tener un domicilio. El domicilio determinaba entónces el derecho personal de este indivíduo.

Tercero. Quedan solamente los casos en que el que no tenía derecho de ciudad en ninguna poblacion (§ 351) tenía un domicilio en varias ciudades, ó no lo tenía en ninguna (§ 354). En las fuentes del derecho no encontramos ningun testimonio que nos de á conocer cómo trataban los romanos estos casos, muy raros ciertamente. Volveré sobre este asunto cuando trate del derecho actual (§ 359).

La observacion que respecto á la organizacion judicial hice anteriormente se aplica á estas reglas sobre el derecho local; si bien regian en lo general en tiempo de los antiguos jurisconsultos, la constitucion particular de varias provincias limitaba su imperio en los tiempos anteriores (*a*).

§ CCCLVIII.—Origo y domicilium *en el derecho actual.*

No es difícil probar que los principios del derecho romano sobre el *origo* y el *domicilium*, tal como acabo de exponerlos, no se reconocen en el derecho actual, principalmen-

---

(*a*) Así sucedia principalmente en Sicilia, la cual, segun los textos ya citados de Ciceron (§ 355, *u*), tenía sus tribunales y sus leyes. Capítulo XIII: «*domi* certet *suis legibus*.» Cap. XXIV: «postulant, ut se *ad leges suas* rejiciat.» Cap. XXXVII: «ut cives inter se *legibus suis* agerent.»

te por el derecho comun de Alemania y que no quedan de ellos más que algunos restos aisladas. En efecto, estos principios tenían por base los territorios de las ciudades que se extendían como una red sobre el suelo del imperio romano entero, y la constitucion de los municipios urbanos que servían de intermediarios entre los indivíduos y el Estado; de manera que cada uno, salvo raras excepciones, estaba sometido como ciudadano de una poblacion á obligaciones numerosas y permanentes (§ 351).

Esta base de la constitucion romana en su aplicacion á las diversas partes del Estado, no existe ya en los tiempos modernos. Así, en Alemania, forman las ciudades desde hace varios siglos una parte importante de la constitucion, tanto del imperio como de los diversos Estados, pero una parte aislada, colocada al lado de otras más importantes todavía; de manera que nunca se ha podido considerar la Alemania como un compuesto de territorios, de ciudades y de comunes urbanos. Otros Estados se parecen bajo este aspecto á Alemania, y sólo en Italia se encuentra una organizacion que recuerda de una manera parcial é incompleta la constitucion del imperio romano, y áun debe ser considerada como un resto de esta constitucion.

No existiendo ya la base de los principios de los romanos sobre el *origo* y el *domicilium*, las relaciones de derecho que de ella dependen (*numera*, *forum*, el derecho de ciudad como derecho de la persona), no existen tampoco en el sentido que los romanos las consideraban. Así, resulta desde luego evidente respecto al *origo*, es decir, respecto al derecho de ciudad supuesto en cada indivíduo que la naturaleza más abstracta del *domicilium* parece prestarse mejor á una conservacion parcial.

Los autores modernos han reconocido siempre que en esta materia el estado actual del derecho difiere enteramente del derecho romano; y si no dan la medida exacta de estos cambios, débese á que ninguno de ellos ha estudiado por completo el conjunto de estas instituciones jurídicas romanas. Pero habiendo llamado su atencion sobre este objeto una aplicacion especial, la jurisdiccion, se hallan de acuerdo en reconocer que el *forum originis* de los romanos en su significacion primitiva no existe ya para nosotros, y que á lo más hay en el derecho actual algo análogo, reservado

para casos raros, como expediente secundario (*a*). Si se pudiera dudar del cambio radical verificado en esta parte de derecho bastaría, en mi sentir, observar cuantos autores modernos han comprendido mal las ideas y las expresiones técnicas de los romanos; no porque las fuentes del derecho presenten aquí oscuridades ó lagunas extraordinarias, sino porque su contenido difiere esencialmente del estado de cosas actual.

Podríase recurrir aquí á una distincion y decir que si el *origo* ha desaparecido del derecho romano actual, el *domicilium* ocupa en él un lugar idéntico. Esto mismo no podría ser admitido sin grandes restricciones.

En efecto, la significacion práctica del domicilio romano se refería siempre á la comunidad urbana y á su territorio, puesto que el domicilio, de igual manera que el derecho de ciudad, colocaba á un indivíduo bajo la dependencia del comun urbano (§ 351-353). Esta significacion práctica exclusiva no existe ya hoy, ó más bien, ha revestido una forma distinta.

Por otro lado, el domicilio se adquiere actualmente de igual manera que en derecho romano (§ 353-354), y sobre este punto las prescripciones de tal derecho son enteramente aplicables.

Para comprender mejor lo que en esta materia es ó no susceptible de aplicacion, es preciso volver sobre los tres efectos que el derecho romano atribuye al domicilio, como tambien al derecho de ciudad (§ 355-356).

1) Cargas municipales (*munera*). No tenemos que ocuparnos aquí de ellas puesto que pertenecen exclusivamente á la constitucion romana.

2) Jurisdiccion (*forum domicilii*).

Este efecto del domicilio no solamente subsiste en el derecho actual, sino que tiene para nosotros mucha más importancia que la que alcanzó en Roma. Entre los romanos, en efecto, el *forum originis* se colocaba ordinariamente al lado del *forum domicilii*, de manera que el demandante po-

---

(*a*) Lanterbach, de domicilio, § 13, 14, 50; Schilter, ex. 13, § 24; Stryk, V, 1, § 17, 18; Glück, t. VI, p. 261.

día elegir entre uno y otro (§ 355); el *origo*, tal como lo entendían los romanos, no existe ya para nosotros; por consiguiente, no queda más que el *forum domicilii* como jurisdiccion regular de cada uno.

Pero esta jurisdiccion, de igual manera que el domicilio que la determina, tiene ahora una significacion diferente que en derecho romano. No se refiere necesariamente á la magistratura del territorio de una ciudad donde se halle el domicilio, sino á un distrito judicial, cuyos límites pueden ser diversamente fijados pudiendo accidentalmente coincidir con los del territorio de una ciudad.

3) El derecho especial del territorio como el derecho personal á que cada cual se encuentra sometido. Lo que acabo de decir sobre la jurisdiccion se aplica aquí igualmente. No sólo subsiste todavía este efecto, sino que, habiendo llegado á ser exclusivamente aplicable, ha adquirido más importancia que la que tenía entre los romanos. La significacion del derecho territorial ha cambiado como la de la jurisdiccion.

Este último objeto tiene para nosotros más importancia que todo lo demás, puesto que constituye nuestro asunto principal y las demás cuestiones tratadas en esta indagacion no son más que accesorias; por esta causa vamos á ocuparnos de él especialmente (§ 359).

Despues de haber expuesto las grandes modificaciones que se han verificado en el trascurso de los tiempos antiguos á los modernos, puede señalarse como una singularidad notable que en una pequeña nacion de Europa se ha formado un estado de derecho semejante al de los romanos, es decir, un *origo* diferente del *domicilium* y que tiene sobre este último una influencia predominante.

Este estado de derecho no es un resto ni una imitacion de la organizacion romana; tiene sus caracteres particulares. Así no descansa exclusivamente sobre el derecho de ciudad en una poblacion, sino sobre el derecho de ciudadanía en un municipio, ya sea urbano, ya rural. Este estado de derecho existe en la mayor parte de los cantones de la Suiza Alemana; allí, el derecho de ciudadanía en un determinado municipio, que es al mismo tiempo una condicion necesaria para adquirir el derecho de ciudadanía cantonal, regula, con preferencia al domicilio que puede existir en

otra parte, las más importantes relaciones de derecho, tales como la capacidad de derecho y la capacidad de obrar, el matrimonio, el poder paterno, la tutela, el derecho de testar y el de suceder abintestato. Respecto á varias de estas relaciones el derecho del *origo* (el derecho de ciudadanía en un municipio), determina con preferencia el domicilio y no sólo el derecho local aplicable sino tambien la jurisdiccion. Así tiene lugar principalmente para las acciones de divorcio y de peticion de herencia. Todas estas disposiciones descansan tanto sobre tradiciones antiguas como sobre convenios hechos entre muchos cantones (*b*).

§ CCCLIX.—Origo *y* domicilium *en derecho actual.* (Continuacion).

En el derecho actual el domicilio determina regularmente el derecho territorial especial á que cada indivíduo se encuentra sometido (§ 358), principio que ha sido admitido desde hace largo tiempo *(a)*. Así, lo que para nosotros es la regla se aplica como excepcion en el derecho romano á los que no teniendo derecho de ciudad en ninguna poblacion se encontraban sin *origo* (§ 357). Para poner de relieve esta regla del derecho actual y su relacion con el derecho romano y con la excepcion referida, puede decirse: 1.°, entre los romanos al lado del *forum domicilii* existía el *forum originis*, colocados ámbos absolutamente en la misma línea; hoy el *forum originis*, tal como lo entendían los romanos, no existe ya y sólo queda el *forum domicilii*; 2.°, entre los romanos la *lex originis* se aplicaba como derecho territorial personal de cada indivíduo, y sólo por excepcion la *lex domicilii* al que se encontraba sin *origo*; hoy la *lex domicilii* es la única

---

(*b*) Offizielle Samsulung der das Shhweizerische Staatsrecht betreffenden Actenstücke, t. II, Zürich, 1822, en 4.°, p. 34, 36, 39. Debo estos datos sobre Suiza á una atenta comunicacion de Keller.

(*a*) V. los autores citados, § 358, nota *a*, y Eichhorn Deutsches Recht, § 34. Respecto al acuerdo de los jurisconsultos extranjeros, citaré los siguientes testimonios: proyecto de Código civil, París, 1801, en 8.°, pág. LV, LVI; Rocco, lib. II, C. VIII, donde el simple domicilio, enteramente distinto de la naturalizacion (política) de que habla el lib. I, C. X, se considera igualmente como base de la aplicacion del derecho local á los particulares; Story, C. III y IV.

que determina regularmente el derecho territorial personal de cada individuo (*b*).

Aunque esta regla, de la más alta importancia sin duda alguna, y que debe servir de base al conjunto de nuestra investigacion, se encuentre generalmente reconocida, existen sin embargo, dos puntos que es necesario precisar con mayor exactitud que lo han sido hasta ahora.

Primero. El domicilio, con relacion al derecho territorial, tiene en el actual derecho otra significacion y otros límites que en derecho romano: he hecho ya esta misma advertentencia tratando de la jurisdiccion (§ 358). Entre los romanos la *lex originis*, como la *lex domicilii*, era siempre el derecho local del territorio de una ciudad determinada (§ 356). Actualmente la unidad de un derecho territorial, como la de una jurisdiccion, puede tener límites muy diversamente fijados (*c*); es una circunstancia enteramente accidental que los límites de un derecho territorial coincidan con los del territorio de una poblacion. Para expresar esta relacion por una designacion general podría crearse la frase técnica de *distrito de una ley*, que sería perfectamente inteligible por su analogía con la de distrito de un tribunal. Pero no debe olvidarse que aqui la palabra ley (de igual manera que *lex domicilii*) se toma en una acepcion ámplia, es decir, cualquiera regla de derecho positivo, ya descanse sobre una ley propiamente dicha, ya en un derecho consuetudinario.

Segundo. Podría creerse que la regla establecida aquí sobre la *lex domicilii* se aplica sin restricciones á la colision entre los derechos particulares de un solo y mismo Estado (§ 347), pero no á la colision entre las leyes de Estados soberanos (§ 348), y, por tanto, que dicha regla tiene en cuenta

---

(*b*) He indicado ya (§ 356) la relacion que existe entre el *forum* (*originis domicilii*) y la *lex* (*originis domicilii*). Esta relacion se manifiesta no solo en el derecho romano, sino tambien en varias consecuencias puramente prácticas del derecho actual; citaré como ejemplo la regla de que las personas que no se encuentran sometidas á la jurisdiccion local no lo están tampoco á los estatutos locales. Eichhorn, Deutsches Recht § 34. Sin embargo, no es esta una regla absoluta, lo cual tendría sus inconvenientes, sobre todo en los numerosos casos en que existe conflicto de jurisdiccion (por ejemplo, el del *domicilii* y de la *rei sitæ*).

(*c*) He hablado en el § 347 de estas diferencias y de los límites de los derechos territoriales.

la cualidad de súbdito y no el de domicilio. Encontramos, en efecto, en varios grandes Estados disposiciones formales sobre la manera de adquirirse y de perderse la cualidad de súbdito; de donde podría inducirse que esta cualidad, y no el domicilio, determina la aplicacion del derecho territorial á los individuos, lo cual nos llevaría á una modificacion del sistema romano sobre el *origo* (diferente del *domicilium*).

Tal induccion y cambio ofrecen una apariencia de fundamento en el derecho de Francia, que contiene disposiciones muy precisas sobre la adquisicion y pérdida de la cualidad de francés (*d*); como son las que declaran que las leyes concernientes al estado y á la capacidad de las personas rigen tambien á los franceses residentes en países extranjeros (*e*) y que todo francés goza de los derechos civiles (*f*). Por donde podría entenderse que el extranjero no goza de derechos civiles en Francia, lo cual reproduciría, respecto á la capacidad de derecho, la distincion romana de los *cives* y *peregrini*. Pero fuera de que los jurisconsultos franceses tienen ideas confusas y erróneas sobre los derechos civiles (*g*), vemos, por otra parte, que los derechos concedidos á los extrajeros son casi los mismos que los de los franceses (*h*); de modo que la significacion práctica de la cualidad de francés tiene mucha ménos importancia de la que pudiera creerse á primera vista; versa principalmente sobre la capacidad de obrar, y ya tendré ocasion de volver sobre este punto cuando trate de ella.

En Prusia ha regulado una ley reciente la manera de adquirirse y perderse la cualidad de prusiano y de súbdito de esta Nacion (*i*), por lo que podría creerse que esta ley esta-

---

(*d*) Cod. civil, art. 9, 13, 17, 21. La cualidad de francés es distinta de la de ciudadano: esta se refiere á los derechos políticos, art. 7. Fœlix, pág. 36, 39, habla primero de la nacionalidad como base de la aplicacion del derecho local; despues emplea esta expresion como sinónima de domicilio; huye, de este modo, de ponerse en contradiccion con las ideas adoptadas por los autores del derecho comun.

(*e*) Cod. civil, art. 3. V. § 363, al final.

(*f*) Cod. civil, art. 8.

(*g*) V. t. II, p. 10 y sig.

(*h*) Código civil, art. 11, donde se establece el principio de la reciprocidad, el cual tiende á conceder en casi todos los órdenes á los extranjeros la misma capacidad de derecho que á los nacionales.

(*i*) Ley 31 de Diciembre de 1842 (G. S., 1843, p. 15).

blece para la aplicacion del derecho prusiano á los indivíduos otras condiciones que las del domicilio (*k*). Pero tal creencia tendría ménos apariencia de razon que en el derecho francés. Esta ley habla solamente de las relaciones de derecho político; y segun las leyes generales de Prusia no es dudoso que el derecho personal de los indivíduos está determinado por el domicilio, sin distinguirse entre nacionales y extranjeros (*l*).

Respecto al derecho inglés y al americano que de él se deriva, podría tambien pensarse que el principio fundamental de la aplicacion del derecho privado es la dependencia del Estado y no el domicilio. Pero Story, que expone el puro derecho inglés, admite el principio del domicilio, y precisamente en el mismo sentido que los autores que han escrito sobre el derecho romano (C. 3 y 4). Así, pues, el domicilio es realmente el motivo general que determina la aplicacion del derecho privado y ha sido reconocido como tal por los autores arriba citados (§ 538, *a*).

Acabo de sentar que el domicilio determina la jurisdiccion (*forum domicilii*) y el derecho local de la persona (*lex domicilii*); pero hay dos casos en que este principio general es insuficiente y tiene necesidad de ser completado: así sucede cuando la persona de que se trata tiene varios domicilios, ó cuando no tiene ninguno (§ 354).

El primer caso no da ocasion á dificultad alguna respecto á la jurisdiccion. Esta existe en cada uno de los lugares donde radica un domicilio, y el demandante tiene la libertad de eleccion precisamente como en el derecho romano (§ 355).

Semejante decision es inaplicable al derecho local de la persona; así, cuando tiene ésta simultáneamente varios domicilios, debemos buscar un motivo de preferencia para el derecho local de uno de ellos. Por mi parte, me decido sin

---

(*k*) La ley citada dice expresamente, § 13, 23, que la cualidad de prusiano no se adquiere ni se pierde por el solo hecho del domicilio.

(*l*) Allg. Landrecht, Einleitung, § 23, 24, 34. Esto se encuentra confirmado tambien por los tratados numerosos concluidos con los Estados alemanes vecinos, donde se conviene por una y otra parte que la jurisdiccion personal se determine por el domicilio, sin hacer mencion de ningun otro lazo que relacione á los súbditos con el país. Citaré como ejemplos los tratados con Weimar, 1824, art. 8 y con Sajonia, 1839, artículo 8. (G. S. 1824, p. 150; 1839, p. 354).

ninguna vacilacion por el derecho local del domicilio más antiguo, porque no existe ningun motivo para que cambie el derecho local constituido por el domicilio primero *(m)*.

Por último, el segundo caso donde es insuficiente nuestro principio y exige ser completado, es aquél en que la persona cuya jurisdiccion ó derecho local quiere determinarse se encuentre sin ningun domicilio actual.

Desde luego, puede presentarse este caso cuando despues de haber tenido una persona un verdadero domicilio, lo abandona sin elegir otro. Aquí debemos decidirnos segun el motivo acabado de exponer (nota *m*) por el derecho local de este antiguo domicilio. Bajo el mismo punto de vista debe considerarse el caso en que una persona no se ha constituido nunca por sí un domicilio. Es preciso entónces remontarse á una época en que esta persona tenía un domicilio sin haberlo elegido. Esta época es la del nacimiento, en la cual el domicilio de un hijo legítimo es el de su padre *(n)*.

Tal es el sentido del *origo* en el derecho actual, y de este modo ha sido considerado por los buenos jurisconsultos á propósito del *forum originis* (*o*), por más que se haya confundido frecuentemente con el simple lugar del nacimiento (§ 350, *a)*, ó no se haya tenido de él una idea clara, por no haber comprendido bien la relacion que existe entre la idea antigua y la moderna. Con el fin de destruir esta última causa de error voy á resumir en pocas palabras la distincion que resulta de la indagacion precedente. Los romanos llaman *origo* al derecho de ciudad que adquiere un indivíduo

---

(*m*) Hemos visto ántes una decision del mismo género, fundada en el mismo motivo y relativa al caso en que, en derecho romano, tenía una misma persona derecho de ciudad en varios lugares (§ 357*)*. Meier, de conflictu legum, p. 16, se encuentra de acuerdo conmigo sobre este punto.

(*n*) V. § 353, *t.* (con los detalles añadidos por mí). Voecio, V. 1, § 92, ofrece una decision semejante y aduce tambien el verdadero motivo de ella. Meier de conflictu legum, p. 14, se refiere al lugar del nacimiento de que es en sí indiferente. A la verdad, el lugar del nacimiento es frecuentemente el mismo que el indicado por mí.

(*o*) La legislacion prusiana ha adoptado esta doctrina. En el A. L. R. Einl. § 25, la frase «el lugar del orígen» se toma en un sentido indeterminado que podría aplicarse al simple lugar del nacimiento; pero la Alleg. Ger. Ordn. I, 2, § 17, 18, dice, expresamente, que el orígen y el *forum originis* designan la jurisdiccion á que se encuentran sometidos los padres.

por el nacimiento. Nosotros llamamos *origo* al domicilio ficticio atribuido á un individuo en el lugar en que estaba domiciliado su padre en la época del nacimiento.

Esta nocion del orígen (*origo*) en el derecho actual, es igualmente aplicable á la jurisdiccion como *forum originis*, y al derecho local de la persona como *lex originis*.

Dicho sentido no se encuentra en contradiccion con el derecho romano, cuya decision sobre el caso que nos ocupa (§ 357) no he expuesto todavía. Estoy persuadido de que los romanos habrían dado precisamente la misma decision si se les hubiera sometido un caso semejante. En efecto, sin hablar de la consecuencia lógica invocada por el derecho actual y que los romanos podían reconocer de igual manera que nosotros, citaré una decision formal en un caso enteramente análogo y fundado en igual motivo. El manumitido podía elegir un domicilio independiente del de su patrono (§ 353, *v*); sin embargo, se dice que el domicilio del manumitido está determinado por el de su patrono, como tambien el domicilio de los hijos de aquel y áun el de los esclavos que dicho manumitido á su vez hubiese emancipado (*p*). Hé aquí cómo se explica esta contradiccion aparente. En el momento de su manumision, el esclavo no tenía otro domicilio que el de su patrono á cuya casa había pertenecido hasta entónces; conserva este domicilio mientras que no elige otro, es decir, mientras no se manifiesta este cambio. Debe, pues, atribuirse tambien el mismo domicilio á las personas colocadas bajo su dependencia (sus hijos y sus libertos), mientras que subsiste esta situacion y no toman por su voluntad un nuevo domicilio. Estas decisiones de los jurisconsultos romanos descansan evidentemente en el principio ántes invocado respecto al *origo* del derecho actual, y nos permiten dudar apenas de que cuando el hijo de un liberto no se había constituido un domicilio propio, los romanos le atribuían el domicilio que tenía su padre en la época del nacimiento de este hijo.

Debo mencionar tambien una expresion técnica bastante

(*p*) V. § 353, *u*. Los textos decisivos son: L. 6, § 3; L. 22, pr., ad mun. (L. 1); para la sana interpretacion de estos textos es preciso consultar la Zeitschrift f. gesch. Rechtsw., IX, p. 98.

singular, adoptada generalmente por los jurisconsultos modernos, la de *domicilium originis (q)*. Si se recuerda la fraseología romana la combinacion de estos términos carece de sentido; puesto que representan dos órdenes de ideas distintas é independientes una de otra. Los jurisconsultos modernos designan por esta expresion técnica el domicilio resultante, no de la eleccion de un indivíduo, sino de su orígen, es decir, de una especie de ficcion.

Ahora bien, podría irse más léjos todavía y preguntar cuál es el derecho aplicable cuando el indivíduo no se ha constituido ningun domicilio y se ignora el de su padre. Esta cuestion puede presentarse principalmente cuando habiendo muerto una persona se trata de regular su sucesion ab intestato. No existe entónces otro medio que considerar como domicilio la residencia actual, por ejemplo, el lugar de la muerte, tratándose de una sucesion. Respecto á los hijos abandonados puede considerarse como domicilio el lugar donde han sido recogidos, salvo el sustituirlo por el lugar donde se les lleva á residir para ser educados, ya ingresen en establecimientos públicos ó ya en casa de un particular (*r*).

§ CCCLX.—*Transicion al estudio de las diversas relaciones de derecho.*

Formando el punto á que hemos llegado una de las grandes divisiones de nuestro asunto, es conveniente dirigir una ojeada sobre el camino que debemos recorrer.

Hé aquí el órden que hemos seguido en nuestra indagacion. Hemos investigado el principio de derecho que somete á un indivíduo á un determinado derecho local (§ 545). Hemos visto que en el derecho romano este principio lo constituía el derecho de ciudad (*origo*), y subsidiariamente el domicilio en el territorio de una ciudad determinada (§ 350, 357). Por último, en el derecho actual hemos encontrado

---

(*q*) Schilter, ex 13, § 24; Lauterbach, de domicilio, § 13. Thomasius, de vagabundo, § 44, 68, censura esta expresion técnica; pero se pierde en sutilezas completamente estériles.

(*r*) Linde Lehrbuch, § 89.

que el domicilio es el principio que somete á un indivíduo bajo el imperio de un determinado derecho (§ 358, 359).

Pero al mismo tiempo hemos reconocido que si bien nos proporcionaba este principio un elemento para la solucion del problema, no bastaba para resolverlo. En efecto, no se trata ya, como hasta aquí, de considerar la persona en su existencia abstracta; debemos considerarla bajo un punto de vista enteramente nuevo, como centro de un vasto círculo de derechos adquiridos, como titular de estos derechos y como pudiendo, en su consecuencia, pertenecer al dominio de los derechos más diversos (§ 345).

De este modo, hasta ahora hemos buscado el lazo que une la persona á un lugar determinado, al dominio de un derecho especial: ahora vamos á emprender un trabajo semejante sobre las relaciones de derecho, mostrando el lazo que las une á tal determinado lugar y al dominio de tal especial derecho. Pero con el fin de reunir por la semejanza de los términos las dos partes de esta indagacion, podemos decir que vamos á asignar á cada clase de relaciones de derecho un lugar ó asiento determinado.

Con el mismo propósito voy á reproducir aquí una fórmula expuesta ántes (§ 348) bajo un punto de vista diferente y que resume el problema que ha de resolverse.

Buscar para cada relacion de derecho el dominio jurídico á que esta relacion pertenezca por su naturaleza (en donde tiene su asiento).

Esta fórmula se aplica en lo que tiene de esencial á todas las colisiones que pueden suscitarse entre los derechos locales, ya pertenezcan al mismo Estado ya á Estados diferentes.

La solucion de este problema nos permitirá únicamente hacer en la vida real una aplicacion segura y completa de los principios; bajo este sentido puede decirse que hasta aquí hemos tratado de la parte teórica de nuestro asunto y que vamos á pasar ahora á su parte práctica.

En esta investigacion tendré ocasion frecuentemente de reproducir ciertos puntos de vista generales. Voy á indicarlos aquí sumariamente con el fin de ponerlos mejor en evidencia y hacer mi tarea más fácil.

1) He dicho ya que en derecho romano, y hasta cierto punto en el derecho actual, existe una relacion íntima entre

la jurisdiccion y el derecho local aplicable (§ 356-359). En cuanto á la persona, resulta esta relacion de la obediencia que debe á los magistrados y al derecho local. En cuanto á las relaciones de derecho existe tambien esta doble sujecion pero no llega la analogía hasta la identidad. Para convencerse basta observar que hay muchos casos en que existen dos jurisdicciones competentes; mientras que no puede haber nunca más que un sólo derecho local aplicable.

2) El derecho local aplicable á cada relacion de derecho se encuentra bajo la influencia de la voluntad libre de las personas interesadas que se someten voluntariamente al imperio de un derecho determinado, por más que esta influencia no sea ilimitada. Esta sumision voluntaria extiende tambien su eficacia á la jurisdiccion competente para conocer de las diversas relaciones de derecho.

Dicha voluntaria sumision á un derecho local nos aparece bajo diferentes formas y en diferentes grados: algunas veces se toma como regla un derecho local determinado, pudiéndose elegir igualmente otro; esto es lo que acontece en materia de obligaciones principalmente, donde el derecho local libremente elegido debe ser considerado como parte integrante del contrato. En otros casos esta sumision voluntaria resulta de la adquisicion misma de un derecho: así, por ejemplo, el que adquiere un inmueble situado dentro del territorio de un derecho extranjero era libre de no hacerlo, más por el hecho mismo de la adquisicion acepta el derecho local que rige al inmueble.

La aplicacion de un derecho local como consecuencia de esta sumision voluntaria presenta siempre dos cuestiones que resolver: 1.ª ¿bajo qué condiciones debe admitirse, puesto que frecuentemente no es objeto de una declaracion expresa? 2.ª ¿En qué casos es facultativa esta sumision ó se prohibe por leyes absolutas?

La gran influencia de esta sumision voluntaria sobre el derecho local aplicable ha sido en todo tiempo generalmente reconocida. En derecho romano hubiera podido ponerse en duda, pues la dependencia personal de un derecho local determinado resultaba del derecho de ciudad (§ 357), el cual era regularmente conferido á cada uno, no por su voluntad, sino por su nacimiento (§ 352). En cuanto al derecho actual no existe la menor incertidumbre, puesto que la de-

pendencia de un derecho local determinado resulta del domicilio; y siendo cada uno absolutamente libre para escogerlo, la facultad de someterse respecto á cada relacion jurídica á un derecho local determinado es indudable.

La sumision voluntaria que nos ocupa nos aparece, ya como unilateral (cuando se trata de la adquisicion de la propiedad ó de otros derechos reales), ya como resultado del concurso de varias voluntades (cuando se trata de contractuales obligaciones). En este último caso se podría pretender considerarla como un contrato tácito; pero este punto de vista no sería enteramente exacto. Todo contrato implica una voluntad positiva de la cual tienen clara conciencia las partes; y en el caso de que se trata no puede existir semejante voluntad. Muy de otro modo, estas se suponen en virtud de una regla general de derecho fundada sobre una necesidad real, y se suponen mientras que no se expresa formalmente una voluntad contraria. Tal distincion entre la sumision voluntaria y el contrato es evidentemente un poco sutil; pero más adelante (§ 379), núm. 3), haré de ella una muy importante aplicacion que exclarecerá por completo dicha verdad.

Si la gran influencia de la sumision voluntaria á un derecho local determinado se encuentra generalmente reconocida y no da lugar á ninguna discusion, debo, sin embargo, revelarme contra una locucion recientemente introducida en la materia. Así, los autores modernos (*a*) tienen costumbre de llamar *autonomía* á este efecto muy general de la voluntad libre. Pero esta frase técnica sirve desde hace largo tiempo para designar una relacion enteramente especial en el desenvolvimiento del derecho germánico; me refiero al privilegio perteneciente á la nobleza y á varias corporaciones de regular por sí mismas sus relaciones particulares por una especie de legislacion doméstica (*b*). Así entendida es muy necesaria esta palabra; y se debilita su significacion propia cuando se aplica á las relaciones del todo dife-

---

(*a*) Wächter, II, p. 35; Eichhorn Deutsches Recht, § 33, 37; Mittermaier, Deutsches Recht, § 30, 31; Fœlix, p. 134.

(*b*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 20, 25, 30; Rechtsgeschichte, t. II, § 346. Phillips, Deutsches Recht, t. I, p. 89; t. II, p. 73. Puchta. Gewohnheitsrecht, t. I, p. 155, 160; t. II, p. 107.

rentes que nos ocupan, sin que éste inútil intento venga á prestarla claridad ni precision. Si para justificar esta locucion se dice que cuando las partes se someten á un derecho existente se dan en realidad una ley, contestaré que mejor todavía corresponde este carácter á la libre eleccion del domicilio y, sin embargo, nadie ha considerado esta facultad como un ejercicio de la autonomía. Por esta causa cuando se trata de la sumision á un derecho local ó de la eleccion del domicicio ó de cualquiera acto libre que pueda tener consecuencias jurídicas, creo que debe evitarse el empleo de la palabra autonomía (*c*).

3) Si colocándonos ahora en un punto de vista general examinamos cómo han sido tratadas desde hace varios siglos las cuestiones que nos ocupan por los autores, la jurisprudencia de los tribunales y aun por la legislacion de diversos Estados, deberemos reconocer que las opiniones se han modificado mucho y que tienden constantemente á aproximarse, borrándose cada vez más la línea rigurosa que separaba ántes los diferentes pueblos. Este cambio nos lo atestiguan dos hechos que he indicado anteriormente (§ 348): la capacidad jurídica, cada vez más semejante á la de los nacionales, reconocida á los extranjeros y el reconocimiento de un mayor número de principios en el derecho consuetudinario general sobre la materia. Si circunstancias exteriores é imprevistas no detienen este desenvolvimiento del derecho, puede creerse que concluirá por ser el mismo en todos los pueblos. Este acuerdo podría resultar de las doctrinas científicas con que se conformase la práctica de los tribunales; podría tambien resultar de una ley sobre la colision de los derechos locales adoptada por todas las naciones. No digo que esta última medida sea probable, ni preferible tampoco á la vía puramente científica; pero el pensamiento de esta ley puede servirnos como término de comparacion para las reglas que sobre la colision han de establecerse, discutiendo si cada una de dichas reglas me-

---

(*c*) V. Tambien Puchta, Gewohnheitsrecht, t. I, p. 158; t. II, p. 107. La fraseología que estoy criticando descansa en un error muy semejante al que confunde los actos que sirven de base á las relaciones jurídicas con las fuentes del derecho. V. t. I, § 6, nota *b*.

rece ocupar su lugar en una ley comun á todas las naciones.

A pesar de esta tendencia á la aproximacion queda todavía un punto capital que dá ocasion á los mayores contrastes. El antiguo derecho germánico sienta en principio una distincion rigurosa entre la propiedad de los inmuebles y la propiedad de los muebles y de todos los demás bienes, principalmente las obligaciones. Si se mantiene esta distincion somos conducidos á aplicar á los bienes inmuebles, bajo todas sus relaciones, la ley del lugar donde se encuentran situados, tratándolos, por consiguiente, en los casos más importantes de diferente modo que el resto de los bienes. Si se abandona esta distincion en semejantes circunstancias, todas las clases de bienes aparecerian al mismo nivel. Tendré pronto ocasion de hablar con más detalles de este contraste importante, á propósito de los derechos reales, y principalmente de las sucesiones y de los bienes dotales; pero vista la generalidad de su naturaleza he creido oportuno mencionarla aquí sumariamente.

El que examine el asunto sin prevencion reconocerá que los grandes cambios sobrevenidos en nuestros dias en todo lo que concierne á los bienes y al comercio deben hacer abandonar la indicada distincion rigurosa entre los bienes. Los adversarios de esta opinion no niegan las graves dificultades que presentaría hoy la aplicacion de distincion semejante; pero las tienen muy poco en cuenta y pretenden que tales obstáculos no deben impedirnos mantener los verdaderos principios. Nada tendríamos que objetar si las dificultades no existiesen más que para los Jueces llamados á decidir y si se tratase únicamente de ahorrarles cuidados y trabajos; pero las dificultades y el perjuicio que entrañan recaen sobre las personas interesadas, sobre las partes á quienes se trata de aplicar las reglas del derecho, y no debemos olvidar que el objeto de las reglas es asegurar á todos los intereses legítimos una igual proteccion y, por último, que las reglas se hacen para las partes y no las partes para las reglas.

Entrando ahora en el fondo de las cosas, veámos qué principios se comprometen al descartar estas dificultades. Podría creerse que se atenta á los intereses de los nacionales si, por ejemplo, en ciertos casos una ley extranjera so-

bre las sucesiones atribuyese á un extranjero con preferencia á un nacional un inmueble del país. Pero en primer lugar la ley extranjera podía algunas veces producir un resultado inverso; y además desde el momento en que la reciprocidad aparece, este peligro, si se le quiere llamar así, no existe. Podría creerse tambien que se comprometería la dignidad y la independencia del Estado si se aplicase una regla de derecho extranjera á la sucesion de un inmueble del país. Pero esta objecion se desvanece igualmente ante el principio de la reciprocidad, principio que nos muestra la comunidad de derecho entre todos los pueblos, como la base y el objeto definitivo de nuestras teorías (§ 348).

He aquí cómo se traduce en hechos la divergencia de opiniones que acabo de señalar. En los tiempos modernos los autores alemanes tienden diariamente cada vez más á abandonar la distincion rigurosa entre los inmubles y los demás bienes; sobre este punto los romanistas y los germanistas están enteramente de acuerdo. Los autores ingleses, por el contrario, comprendiendo entre ellos á los americanos, cuyas doctrinas tienen tambien por base la *common law*, sostienen el principio de la distincion (*d*), y los autores franceses parecen adherirse á su doctrina. En todas partes la jurisprudencia de los tribunales se muestra en armonía con las opiniones de los autores, siendo esta la consecuencia natural de una influencia recíproca.

§ CCCLXI.—*Transicion al estudio de las diversas relaciones de derecho* (Continuacion).

Vamos á determinar respecto á cada clase de relaciones de derecho el dominio á que pertenece, es decir, el lugar que le corresponde (§ 360). La base de este trabajo debe ser la enumeracion de las mismas relaciones de derecho á que se aplica nuestra investigacion (*a*).

(*d*) El haberse mantenido este principio en Inglaterra debe atribuirse á la influencia del derecho feudal normando que hoy todavía regula en parte la trasmision de la propiedad inmueble.

(*a*) V. § 345, y t. I, § 53, 58. He tratado de la capacidad de derecho y de la capacidad de obrar en los t. I y II y del derecho de accion en los t. III y IV. Por lo demás, no tengo necesidad de advertir que la presente

Toda relacion jurídica tiene por centro la persona que es de ella titular: tratáse, pues, de determinar primeramente el estado de la persona en sí mismo. A este efecto es preciso establecer dos clases de condiciones: 1.° Aquellas bajo las cuales una persona puede *ser* titular de una relacion de derecho (capacidad jurídica) 2.° Las condiciones por las que en virtud de su libertad puede *llegar á ser* titular de una relacion jurídica (capacidad de obrar). Esta doble capacidad es la que se llama ordinariamente estado absoluto de la persona.

Alrededor de este punto central (la persona en sí misma) se agrupan los derechos adquiridos bajo sus diversas manifestaciones. Pueden estos reducirse á dos clases principales, determinadas por su objeto: el derecho de familia y el derecho de bienes.

Al derecho de bienes se refieren primeramente los derechos á cosas determinadas (reales), en segundo lugar los derechos á ciertos actos de personas determinadas (el derecho de obligaciones), respecto al cual el de las acciones sólo debe ser considerado como una rama.

Los diversos derechos cuya reunion componen los bienes nos aparecen como una consecuencia artificial en el derecho de sucesion que tiene por objeto el conjunto de los bienes bajo la idea abstracta de un contenido indeterminado.

La familia nos aparece desde luego con su naturaleza primitiva, como forma permanente de la vida (derecho de familia puro), despues se presenta la gran influencia que sus diversos órdenes ejercen sobre los bienes (derecho de familia aplicado). Tendremos que considerarla bajo sus tres aspectos, los únicos que ofrecen en el derecho romano actual: el matrimonio, el poder paterno y la tutela, puesto que el derecho relativo á los esclavos mantenido hasta los últimos tiempos del antiguo derecho romano no existe ya desde hace larga fecha.

Así, pues, las relaciones de derecho de que vamos á

---

indagacion, de igual manera que el conjunto de este tratado, está consagrada enteramente á las materias del derecho privado, excluyéndose de ella, por consiguiente, el derecho de procedimiento y el penal. Véase t. I, § 1.

ocupamos en el curso de esta investigacion, pueden clasificarse de la siguiente manera:

I) Estado de la persona por si misma (capacidad jurídica, capacidad de obrar).

II) Derecho de las cosas.

III) Derecho de obligaciones.

IV) Derecho de sucesion.

V) Derecho de familia.

A. Matrimonio.

B. Poder paterno.

C. Tutela.

Perteneciendo cada relacion de derecho á una de las clases que acabo de enumerar, trátase de determinar ahora la regla aplicable á la colision de los diferentes derechos locales. He sentado anteriormente (§ 360) el principio que motiva la solucion del problema: el derecho local aplicable en los casos de colision es el del lugar en que se ha reconocido el asiento de la relacion jurídica, que es preciso distinguir cuidadosamente del domicilio de la persona. Veánse ahora las relaciones de hecho que *pueden* servir para determinar el asiento de la relacion jurídica, y de entre las cuales hay que elegir en cada caso.

El domicilio de una de las personas á quien concierne la relacion de derecho.

El lugar donde está situada la cosa que constituye el objeto de dicha relacion.

El lugar de un acto jurídico realizado ó por realizar.

El lugar del tribunal llamado á conocer de la relacion jurídica.

En diversas épocas se ha tratado de encontrar una regla aplicable á todos los casos posibles de colision. Voy á enumerar las principales tentativas de este género. Para apreciar su mérito bastará compararlas con el principio fundamental y ver si realmente nos dan señales ciertas para reconocer el asiento de toda relacion jurídica. De antemano puede decirse que el éxito de semejantes tentativas es poco probable; pues las relaciones de derecho cuyo asiento se trata de determinar tienen una naturaleza tan variada que parece muy difícil referirla á una regla general y absoluta.

1) Distincion de los *statuta personalia, realia mixta* (*b*).

Esta distincion se encuentra ya en bosquejo en Bartolo (*c*) y no aparece completamente desenvuelta hasta fines del siglo XVI (*d*).

Los estatutos personales son las leyes que tienen principalmente por objeto (*principaliter*) la persona y su estado, aunque contengan disposiciones accesorias relativas á los bienes.

Se llaman estatutos reales las leyes que tratan (*principaliter*) de las cosas, es decir, de los inmuebles, por más que las personas pueden encontrarse en ellas secundariamente mencionadas.

Los estatutos mixtos son, segun algunos autores (*e*), las leyes que no se refieren á las personas ni á las cosas, sino á los actos, segun otros son las que se refieren al mismo tiempo á las personas y á las cosas. Estas dos definiciones contradictorias en apariencia entran, sin embargo, una en otra.

He aquí ahora el sentido práctico de esta doctrina.

Tomando por punto de partida la cuestion de saber cuáles son las leyes aplicables fuera de los Estados, dónde han sido dictadas, se contesta de la siguiente manera. Los estatutos personales se aplican á todas las personas que tienen su domicilio en los Estados del legislador aunque estas personas comparezcan ante un juez extranjero. Los estatutos reales se aplican á todos los inmuebles situados en los Estados del legislador, cualquiera que sea el juez llamado á decidir, tanto nacional como extranjero. Por último, los estatutos mixtos se aplican á todos los actos verificados en el Estado del legislador, cualquiera que sea el país donde la decision haya de dictarse. Tal es el conjunto del sistema,

---

(*b*) He tratado ya de este asunto al fin del § 345 y del 347. Wächter, I, p. 256, 261, p. 270, 311, expone detalladamente esta materia. V. tambien Fœlix, § 19 y sig.; Story, § 12 y sig.

(*c*) Bartolo in L. 1, C., de summa trin. El texto principal se cita en Wächter, I, 272, 274.

(*d*) Argentario, núm. 5, 6, 7, 8. Se resume el asunto con claridad y concision en J. Voet, § 2, 4.

(*e*) Algunas veces tambien se les limita á la forma de los actos. J. Voet, § 4.

pero en los detalles encontramos una gran divergencia de opiniones, pues no existe acuerdo sobre los límites de estas diferentes partes y sobre sus aplicaciones prácticas.

No podría rechazarse esta teoría como enteramente falsa, porque es susceptible de las interpretaciones y aplicaciones más diversas y entre ellas pueden encontrarse algunas enteramente exactas. Pero como no es de modo alguno completa y se presta á multitud de errores, no podemos tomarla como base de la indagacion que nos ocupa.

Algunos autores modernos han pretendido que esta doctrina estaba definitivamente aceptada como derecho consuetudinario general (*f*). Esta afirmacion es injustificada y no podría ser verdadera; pues las opiniones de los autores con las que concuerdan en mayor ó menor grado las decisiones de los tribunales son demasiado divergentes para ser invocadas como testimonio de la existencia de la costumbre. Hay, sin embargo, en dicha afirmacion un elemento de verdad: hasta los últimos tiempos casi todos los autores que han tratado nuestro asunto han empleado los términos técnicos de estatutos personales, reales y mixtos; pero como refieren á tales términos reglas é ideas del todo diferentes, el elemento de verdad queda extraordinariamente reducido.

Se acostumbra establecer una relacion entre esta materia y la distincion rigurosa de los inmuebles y demás bienes que ántes he indicado (§ 360 n. 3): así, los partidarios de esta distincion conceden una gran importancia á la nocion de los estatutos reales, mientras que para los adversarios tiene mucho ménos interés.

2) Por regla general, cuando hay duda se juzga toda relacion jurídica segun el derecho local del domicilio de la persona á quien concierne la relacion. De este modo deberá aplicarse esta regla siempre que no haya lugar á una excepcion particular (*g*).

(*f*) Thibaut, Pandekten, § 38; Kierulff, p. 75, 82.

(*g*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 34; Göschen, Vorlesungen, t. I, p. 111; Puchta, Pandekten, § 113, et Vorlesungen über die Pandekten, § 113. (Puchta no admite este principio sino cuando se trata de la colision de los derechos territoriales de un mismo Estado). Wächter, II, páginas 9, 12 se declara contra este principio.

A primera vista parece corresponder esta regla al principio generalmente admitido, y aún admitido por mí, de que el domicilio es el lazo que une la persona á un derecho determinado (§ 359, *a*). Pero cuando se examina más de cerca el asunto, se reconoce que el derecho establecido para la persona misma no lo es de modo alguno para las diversas relaciones jurídicas en que puede figurar esta persona, entrando con los más diversos derechos (§ 360). El derecho local de la persona puede ser ciertamente aplicable al mismo tiempo á una relacion de derecho en que la misma figure, y de este modo la regla expuesta aparece legítima en un gran número de casos particulares. Pero esta concordancia es puramente accidental; la regla no tiene en sí ningun título para una aplicacion general que abrace todas las relaciones de derecho; y respecto de cada uno de ellos debemos investigar, libres de toda preocupacion, el dominio especial del derecho á que pertenezca.

A estas consideraciones se añade una circunstancia importante. La mayor parte de las relaciones de derecho no conciernen á una sola persona, sino á varias personas al mismo tiempo. En todos estos casos no nos ofrece nuestra regla decision alguna; pues no nos indica ningun medio para reconocer entre las diversas personas á quienes concierne la relacion de derecho, aquella cuyo domicilio debe determinar la aplicacion de su derecho local.

Por último, tenemos que censurar la forma misma bajo la cual se presenta dicha pretendida regla. Abraza, se dice, todos los casos en que no aparezca enteramente probado que deba aplicarse otro derecho local (*h*). Así, se decide desde luego que la regla abraza los casos numerosos en que se alegan por una y otra opinion argumentos plausibles, autoridades graves, jurisprudencia. Tal es el sistema de procedimiento civil segun el cual á aquel á quien incumbe la obligacion de suministrar una prueba pierde su pleito si no la suministra. No puedo aprobar semejante método. Debemos, por el contrario, fijar á cada relacion jurídica el dominio á que pertenece por su naturaleza; indagacion

(*h*) De este modo lo entiende principalmente Puchta, Pandekten. § 113, nota *b*.

que debe ser por completo independiente y no admite ninguna clase de presuncion general. Por lo demás, esta crítica se dirige tanto á la doctrina que ahora combato como á la que me ocupará inmediatamente.

3) Toda relacion de derecho debe juzgarse segun el lugar donde esté el tribunal, es decir, con arreglo á la ley del país á que pertenezca el juez llamado á decidir. Este principio se aplica solamente á la colision de los derechos de diferentes Estados, y no á los de los derechos particulares de uno sólo *(i)*. Pero si se demostrase la verdad de este principio, podría tambien aplicarse á esta última clase de colisiones.

Dá á este principio una apariencia de verdad la afirmacion de que el legislador ejerce un dominio exclusivo en sus Estados, dentro de cuyos límites no está obligado á admitir la ingerencia de ningun derecho extranjero, ó bien, expresando el mismo pensamiento bajo otra forma, que el juez no tiene más mision que aplicar las leyes de su país *(k)*. Sería decisivo el argumento si el punto de vista dominante de los legisladores modernos fuera el mantenimiento celoso de su propia autoridad. Pero semejante sentido no se implica por sí mismo; por eso se suscita la cuestion de saber si la legislacion de nuestro país excluye absolutamente por su espíritu y por su tendencia la aplicacion de una ley extranjera á las relaciones jurídicas que se encuentran en contacto con diferentes derechos *(l)*. Véase lo que con razon expresa sobre este punto un autor moderno. Admitimos, dice, que la mision del juez es aplicar las leyes de su país; pero no debe aplicarlas más que á las personas y á los casos para los cuales se dictaron. Luego toda la dificultad consiste en saber si el legislador ha querido que sus leyes fueran aplica-

---

(*i*) Wächter, I, p. 261, 270 (que habla exclusivamente de las leyes de Estados diversos); Puchta, Pandekten, § 113 Vorlesungen § 113. Es combatida esta opinion por Schäffner, § 24, 29. Kori, Archiv. t. XXVII, p. 312.

(*k*) Este principio parece tambien referirse á la afinidad que he indicado anteriormente (§ 360) entre la jurisdiccion y el derecho local. Pero los partidarios de este principio se equivocan cuando consideran esta afinidad como una identidad real.

(*l*) El defensor del principio que aquí examino admite como verdadero este punto de vista. Wächter, I, p. 262, 265.

das á relaciones de derecho equívocas en sí mismas, y que den lugar á una colision de derechos locales (*m*).

Si se examina ahora sin prevenciones la cuestion propuesta, habremos de convencernos de que el punto de vista dominante de la legislacion y de la práctica moderna, no es, en modo alguno, el celoso mantenimiento de su autoridad exclusiva, sino que, por el contrario, existe una tendencia á una comunidad verdadera de derecho, es decir, á juzgar los casos de colision segun la naturaleza íntima y las necesidades de cada relacion de derecho, sin tener en cuenta los límites de los diferentes Estados y de sus leyes (§ 348).

Si pues reconocemos que la legislacion y la práctica modernas tienden por su desenvolvimiento á una mútua aproximacion, no podremos admitir que deba un juez sentenciar segun las leyes de su país siempre que se le presente un caso de colision. Semejante regla sería un obstáculo para el acuerdo sobre la decision de los casos de colision en los diferentes Estados, acuerdo tan apetecible y que puede en parte realizarse. Por de contado, en la hipótesis de una ley comun á todos los Estados sobre la colision de los derechos locales, no podría ser admitida esta regla (§ 360).

Hé aquí otra objecion grave para la aplicacion de esta regla. En muchos casos de colision los tribunales de diferentes lugares son igualmente competentes y puede el demandante elegir el que más le plazca. De aquí resultaría que el derecho local aplicable á cada negocio dependería no solamente de circustancias puramente accidentales, sino tambien de la voluntad arbitraria de una sola de las partes. Ahora bien, un principio cuya aplicacion produce semejantes consecuencias no puede ser aceptado como verdadero. Para apreciar el rigor y la arbitrariedad que podrían resultar de él, basta tener en cuenta lo que sucede en los países en que el *landsassiat* (1) reina en toda su extension (*n*).

(*m*) Thöl, Handelsrecht, t. I, p. 28.

(1) Se llama así una institucion particular de ciertos países, segun la cual el adquirente de un inmueble queda sometido á la jurisdiccion del país. (*Nota de M. Guenoux*).

(*n*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 75. Se invoca tambien como objecion especial contra el principio que se discute la circunstancia de que pueden existir varios derechos locales en el distrito del tribunal llamado á resolver; y segun este principio no se decide cual de ellos debe ser

Terminaré reconociendo la parte de verdad contenida en la doctrina que estoy combatiendo, tanto más, cuanto que quizás contribuya á hacer cesar la divergencia de opiniones.

A) Cuando un juez encuentra resuelta por una ley de su país la cuestion de colision, debe someterse á ella absolutamente, aunque estuviera en contradiccion con sus ideas teóricas individuales (§ 347-348). Pero la aplicacion de esta regla no nos dá casi ningun resultado, pues las leyes dictadas sobre los casos de colision no son, en su mayor parte, más que la expresion de una teoría incompleta é insuficiente.

B) No debe nunca aplicar el juez un derecho local extranjero cuando esta aplicacion excede de los límites más arriba expuestos (§ 349) sobre la comunidad del derecho entre Estados independientes. Las consecuencias más importantes de esta regla serán enumeradas más adelante (§ 365), y entónces se verá que la diferencia práctica entre la doctrina que sostengo y la que combato es en realidad menor de lo que parece á primera vista.

C) El juez debe siempre aplicar el derecho de su país cuando, más que del fondo del derecho, se trata de su persecucion ante los tribunales, comprendiendo en ella, no sólo las formas y las reglas del procedimiento propiamente dicho, sino tambien una parte de las reglas del derecho sobre las acciones. Pero como aquí la línea de separacion es frecuentemente muy difícil de fijar, debe usarse de las mayores precauciones; y no perder nunca de vista la naturaleza verdadera y el destino de las diversas instituciones de derecho. Más de una regla que parece pertenecer al procedimiento, concierne realmente á la misma relacion de derecho.

4) Toda relacion jurídica debe ser juzgada segun el derecho local del lugar en que ha nacido (*o*).

Desde luego es arbitraria esta regla, pues el lugar en que nace una relacion jurídica no puede por sí solo é inde-

---

aplicado. Seuffert, Archiv. für Entscheidung der obersten Gerichtshöfe in den dentschen Staaten, t. II, núm. 4.

(*o*) Schaffner, p. 32. V. respecto á la opinion contraria, Wächter, II. p. 32.

pendientemente de cualquiera otra consideracion, determinar el derecho local aplicable; además, aunque parezca referirse al fondo de las cosas, es puramente de forma. En efecto, el lugar en que nace una relacion de derecho jurídicamente hablando, no se nos revela sino por un estudio profundo de la naturaleza individual de dicha relacion; y puesta de este modo la cuestion sobre el lugar, léjos de ayudarnos en esta indagacion, no puede ménos que servirnos de obstáculo.

5) Se debe siempre aplicar el derecho local que mantiene los derechos justamente adquiridos (*p*).

Esta no es más que una peticion de principio; pues para reconocer si tales derechos están bien adquiridos, es preciso ántes saber segun qué derecho local debemos juzgar de su adquisicion.

Debo, por último, mencionar en esta general revista, los códigos publicados en nuestros dias por varios grandes Estados de Europa.

El código prusiano (*q*) admite positivamente la igualdad de derecho para los nacionales y los extranjeros (*r*), y cuando establece excepciones á este principio, no lo hace con el fin de someter los extranjeros al imperio exclusivo del derecho prusiano, sino más bien con la intencion bienhechora de proteger ciertos actos jurídicos contra las nulidades que podrían resultar de la colision de los derechos locales (*s*). La doctrina entónces dominante de los estatutos personal y real ha ejercido una influencia evidente sobre la redaccion de estos textos del código (*t*), y á la imperfeccion de dicha doctrina principalmente deben atribuirse las dudas y dificultades que recientemente se han suscitado sobre una de las más importantes aplicaciones; hablaré de este punto más adelante (§ 378), con motivo del derecho de sucesion.

El código francés no contiene más que un pequeño número de disposiciones especiales sobre las cuestiones de

---

(*p*) V. sobre este principio Wächter, II, p. 1, 9.
(*q*) V. A. L. R. Einleitung, § 23, 35.
(*r*) A. L. R. Einleitung, § 34 comparado con el § 23.
(*s*) A. L. R. Einleitung, § 27, 35.
(*t*) Bornemann, Preusz. Recht, 2.ª ed., t. I, p. 52; Koch, Preusz. Recht, t. I, p. 129.

colision. Sin embargo, se establece evidentemente la igualdad de los nacionales y de los extranjeros en cuanto al goce y á la capacidad de los derechos civiles (*u*).

El código austriaco se aproxima al código prusiano (*v*). Como él admite la igualdad de derecho para los nacionales y los extranjeros, y como él toma precauciones beneficiosas para el mantenimiento de los actos jurídicos (*w*).

§ CCCLXII.—I. *Estado de la persona en sí misma (capacidad jurídica y capacidad de obrar)*.

Si se pregunta cuál es el derecho aplicable á los diferentes estados de la persona, determinantes de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, se contesta pura y simplemente, el derecho local á que se encuentra sometida esta persona por el hecho de su domicilio (§ 359).

Este principio ha encontrado ciertamente algunos contradictores (*a*); pero son tan numerosos sus partidarios, que se le puede considerar como sancionado por la opinion general y como perteneciente al derecho consuetudinario de Alemania (*b*). Tal es tambien la significacion propia de los estatutos personales á los que se ha concedido durante cierto tiempo una gran importancia (§ 361, núm. 1).

No debe exagerarse, sin embargo, el valor de este asentimiento general, porque en gran parte no es más que aparente. En efecto, antiguamente se propuso una distincion que hace poco ha sido reproducida y sostenida con gran calor (*c*). Es preciso distinguir, se dice, las calificaciones jurídicas de la persona en sí y los efectos jurídicos de las mismas, es decir, los derechos y las incapacidades que de ellas resultan para la persona. Las calificaciones se juzgan por el derecho local del domicilio, y los efectos jurídicos de estas calificaciones por otro derecho local; veremos más

(*u*) Código civil, art. 3, 11, 13. V. § 358, notas *d*, *h*.
(*v*) Oesterreich. Gesetzbuch, § 4; § 33, 37.
(*w*) Id., § 33, 34, 35.
(*a*) V. por ejemplo en J. Voet, § 7. Se citan otros adversarios en Wächter II, p. 162, 163.
(*b*) Wächter, II, p. 162, 163, 175, 177.
(*c*) Hert. § 5, 8, 11 22; Meier, p. 14; Mittermaier, Deutsches Recht, § 30, p. 118, 7.ª ed.; pero principalmente Wächter, II, p. 163, p. 175, 184.

adelante cuál es este derecho. Así, pues, los partidarios de esta distincion sólo para las calificaciones admiten la doctrina generalmente adoptada y el derecho consuetudinario á ella referente.

El sentido de esta distincion resulta con evidencia de las siguientes aplicaciones. Entre las calificaciones se colocan el estado del pupilo, del menor, del impúbero, del pródigo, de la mujer; de los esposos, de los hijos legítimos ó naturales, etc. La cuestion de saber si un indivíduo es menor, es decir, cuál es el término de la la menor edad, se juzga segun el derecho del domicilio. Por el contrario, los derechos y las incapacidades del menor pertenecen á los efectos jurídicos de su estado, y segun los partidarios de esta distincion no se juzgan segun el derecho del domicilio.

No admitiendo un gran número de autores de todos los tiempos distincion alguna entre las calificaciones y sus consecuencias jurídicas, han enseñado que unas y otras se juzgan segun el derecho determinado por el domicilio de la persona (*d*). Por mi parte, me uno á ellos para rechazar en absoluto la distincion propuesta; la considero como arbitraria, é inconsecuente y falta de objeto. Cuando se examina atentamente el fondo del asunto, se ve con claridad que todas las distinciones se reducen á lo siguiente: varios estados de la persona se designan por un nombre especial, otros carecen de esta particular designacion. Una circunstancia tan accidental é indiferente no puede motivar la aplicacion de diversos derechos locales.

Llamamos mayor al que posee la plenitud de la capacidad de obrar, por la edad conferida; hé aquí, pues, un nombre impuesto á ciertas consecuencias jurídicas, contrastando con las incapacidades anteriores de la menor edad. De igual manera, llamamos menor al que no posee todavía la capacidad completa de obrar; hé aquí, pues, un nombre que expresa la negacion de la completa capacidad. Si ahora establece una ley diferentes grados de capacidad para los menores,

---

(*d*) Argentræus, n. 47, 48, 49; Rodenburg, t. I, c. III, § 4, 10; Boullenois, t. I, p. 1:5, 198; Huber, § 12; Fœlix, p. 126 (aplicacion á las mujeres casadas y á la tutela del sexo). Se citan muchos otros partidarios de esta opinion en Wächter, II, p. 167.

sin dar á estos grados nombres especiales, no es este en verdad motivo bastante para no juzgar segun el derecho del domicilio estos diversos grados de capacidad, á diferencia de lo que sucede con la adquisicion de la capacidad completa. El ejemplo siguiente pondrá más de manifiesto esta verdad. Los partidarios de la distincion admiten que un francés de edad de veintiun años es mayor y completamente capaz de obrar aún en Prusia, donde la mayor edad no comienza hasta los veinticuatro años, y en los Estados regidos por el derecho romano, donde no comienza hasta los veinticinco; pues el art. 488 del Código francés le confiere el título de mayor, y esta es una calificacion en sí misma que se juzga segun el derecho del domicilio. Pero el mismo código concede á los menores que han llegado á los quince, diez y seis y diez y ocho años ciertas capacidades restringidas, sin designar por nombres particulares estas diferentes clases de indivíduos (*e*). Segun nuestros adversarios estas últimas no son calificaciones en sí mismas sino efectos jurídicos de las restricciones impuestas á la persona y á las cuales no se aplica el derecho del domicilio.

Hé aquí otro ejemplo del mismo género. Segun las leyes de varios países las mujeres tienen, por razon de su sexo, un tutor que debe asistirlas en sus actos jurídicos; segun otras leyes las mujeres casadas tienen necesidad para verificar estos actos de la autorizacion de su marido. Supongamos ahora un acto jurídico realizado por una mujer en un país extranjero: resultaría de la doctrina de nuestros adversarios que debería juzgarse únicamente segun el derecho del domicilio la calificacion de la persona en sí, es decir, si es una mujer por oposicion á un hombre, ó una mujer casada por oposicion á una soltera ó á una viuda. Pero la asistencia necesaria del tutor, la autorizacion del marido, no debería juzgarse segun el derecho del domicilio, porque estos son efectos jurídicos de las restricciones impuestas á la persona (*f*).

(*e*) Código civil, art. 903, 904, 977, 978.

(*f*) Así es efectivamente como lo entiende Wächter, II, p. 180; y por esta causa llega á aplicar á los actos de las mujeres prusianas realizados en países extranjeros reglas de colision enteramente diversas de las que se aplican en Prusia á los actos de las mujeres extranjeras.

Llego ahora á la cuestion de saber qué derecho local distinto del domicilio aplican los partidarios de la distincion cuando se trata de apreciar los efectos jurídicos de las calificaciones personales. Las diversas opiniones emitidas sobre este punto son las siguientes.

Antiguamente se intentaron aplicar aquí los estatutos reales cuando se trataba de bienes inmuebles; de manera que una persona podía tener respecto á sus bienes, situados fuera de su país, una capacidad de obrar diferente de la que le correspondía respecto á sus demás bienes. Esta opinion ha encontrado pocos partidarios en Alemania (*g*).

Otros pretenden que los efectos de las calificaciones personales deben juzgarse segun el derecho del lugar en que se verifica el acto jurídico (*h*). Particulares motivos deben hacer rechazar esta opinion, independientemente de los que he aducido para combatirla en su aspecto general. Si el que otorga un contrato fuera de su país tiene una capacidad de obrar mayor en el lugar del domicilio que en el del contrato no se puede pretender que haya querido por esto mismo someterse á un derecho local que no admite la validez del acto. Si, por el contrario, el mismo indivíduo tenía una capacidad de obrar menor en el lugar del domicilio que en el del contrato, de tal manera que no hubiera podido contratar válidamente en su domicilio, la ley que prohibe este contrato no podría sin inconsecuencia permitirlo por virtud de un pequeño viaje; debe, pues, prohibir la sumision á un derecho extranjero de igual modo que el contrato mismo, y para justificar esta prohibicion no hay necesidad de hacer intervenir la intencion de eludir la ley (*in fraudem legis*).

El último autor que ha sostenido la doctrina de la distincion pretende, por el contrario, que los efectos de las calificaciones personales deben juzgarse segun el derecho local del juez llamado á decidir sobre cada caso particular (nota, *c*). Opongo á esta opinion primeramente los argumentos que he presentado contra la distincion entre las calificaciones personales y sus efectos; en segundo lugar los motivos generales que impiden admitir como regla absolu-

(*g*) Wächter, II, p. 162, 164.
(*h*) Meier, p. 14. La opinion contraria la sostiene Mittermaier, Deutsches Recht. § 31, p. 120.

ta el derecho local del juez llamado á sentenciar (§ 361, número 3); y, por último, recordaré cuán dura y tiránica sería la aplicacion de esta doctrina donde existe el *landsassiat* en toda su extension. De este modo, el que poseyera el menor inmueble en uno de estos países podría verse sometido por el arbitrio de su adversario, respecto al juicio de los efectos de sus calificaciones personales, á un derecho que le es completamente extraño.

Estimo, pues, que cuando se trata de las calificaciones personales cada uno debe ser siempre juzgado segun el derecho de su domícilio, cualquiera que sea el tribunal llamado á decidir y cualquiera que sea el objeto del litigio, la calificacion personal ó sus efectos jurídicos.

Sin embargo, estoy muy léjos de desconocer las dificultades prácticas que puede encontrar la aplicacion de este principio en ciertos casos particulares. Así, cuando se trata de un contrato realizado con un extranjero es algunas veces muy difícil conocer con certidumbre el derecho de su domicilio; pero la distincion que rechazo no destruye todas estas dificultades; no hace más que disminuir su número. En semejantes circunstancias no nos queda más que tomar informes exactos, indispensables, por lo demás, para conocer las relaciones individuales del extranjero y que son del todo independientes del derecho local de éste. El que en semejante materia deseara conseguir otros recursos y mayor certidumbre no puede alcanzarla sino por leyes positivas. Voy á exponer seguidamente lo que las leyes modernas han hecho á este respecto y á indicar lo que podría hacerse todavía.

§ CCCLXIII.—*Estado de la persona en sí misma (capacidad de derecho y capacidad de obrar). (*Continuacion).

Voy á resumir lo que las principales legislaciones modernas prescriben sobre la cuestion que nos ocupa.

I) El Código prusiano comienza por sentar el principio siguiente: «las calificaciones personales y los derechos de cada uno se juzgan con arreglo á las leyes del tribunal en cuyo distrito tiene su domicilio» (*a*). Esta disposicion se re-

---

(*a*) A. L. R. Einl., § 23. El conveniente desarrollo de este principio se encuentra en los §§ 34, 27.

fiere á los súbditos prusianos y no distingue si ejercen sus derechos (entre los cuales figura en primera línea la capacidad de obrar) en el lugar de su domicilio ó en otra provincia de la Prusia donde puede regir tambien otro derecho local, ó en país extranjero.

La disposicion referente á los extranjeros expresa lo siguiente: «Los súbditos de los Estados extranjeros que residen ó hacen negocios en Prusia deben ser igualmente juzgados segun las disposiciones precedentes» (*b*).

Hasta aquí todo concuerda con los principios más arriba sentados. Paridad completa entre los nacionales y los extranjeros, juicio del estado personal y de la capacidad de obrar, segun el derecho local del domicilio de la persona, ya sea este derecho nacional ó ya extranjero.

Vamos ahora á resolver las dos cuestiones enunciadas respecto al derecho comun. Primero: ¿se debe juzgar segun el derecho del domicilio las calificaciones personales únicamente ó tambien sus efectos jurídicos? (§ 362). Si el § 23 hubiese dicho simplemente: «las calificaciones personales,» podría atribuírsele la primera significacion, la significacion restrictiva; pero como añade: «y los derechos,» es évidente que se aplica de igual modo á los efectos jurídicos de las calificaciones; de manera, que es preciso entender la disposicion del siguiente modo: «debe determinarse, segun el derecho del domicilio de cada uno, no solamente si es ó no menor, sino tambien cuál es, como menor, su capacidad ó su incapacidad.» Si quedasen todavía dudas sobre la verdad de esta interpretacion serían destruidas por otros textos de la ley que llaman capacidad de obrar (*c*) al objeto que hay que determinar segun el derecho del domicilio, y esto no como una disposicion nueva, sino como la reproduccion en términos equivalentes de la precedente disposicion. Es, pues, cierto que el Código prusiano clasifica la capacidad de obrar entre las calificaciones personales y los derechos de cada indivíduo, y que de este modo subordina al derecho del domicilio no sólo las calificaciones sino tambien sus efectos jurídicos.

(*b*) A. L. R. Einl., § 34.
(*c*) A. L. R. Einl., § 27-35.

Segundo. Hemos señalado anteriormente la dificultad práctica que puede presentarnos un contrato hecho con un extranjero, porque puede suceder que ignoremos el derecho vigente en el domicilio de éste (§ 362). El Código prusiano elude esta dificultad diciendo que la capacidad de obrar del extranjero será juzgada segun la ley más favorable al mantenimiento del contrato, es decir, segun la más fácil, aunque los objetos que formen la materia del contrato se encuentran en Prusia *(d)*. Así, pues, un contrato hecho en Berlin por un francés de edad de veintiun años es válido, segun la ley francesa, que fija en dicha edad la época de la mayoría. De igual manera un contrato hecho por un habitante de un país regido por el derecho romano, cuyo habitante tenga veinticuatro años, es válido, segun la ley prusiana que fija en los veinticuatro años la mayor edad. La primera de estas disposiciones está conforme con el principio general; la segunda es enteramente positiva y tiene por fin proteger á los nacionales contra las consecuencias de un excusable error, acaso contra la mala fé del adversario. Una disposicion semejante podría ser admitida en las leyes de todos los pueblos y en nada perjudicaría á esta comunidad de derecho tan necesaria para decidir convenientemente los casos de colision.

II) El Código civil austriaco (1811), no contiene más que dos disposiciones sobre el asunto que nos ocupa, y éstas se encuentran en armonía con los principios que he sentado anteriormente.

Los súbditos austriacos, áun para los actos que se verifican en países extranjeros, permanecen sometidos al Código, es decir, á las leyes de su domicilio, «en tanto que estas leyes restringen la capacidad personal relativa á estos actos» *(e)*.

(d) A. L. R., § 35. «Sin embargo, el extranjero que realiza en Prusia un acto relativo á bienes situados dentro del reino, debe ser juzgado, en cuanto á su capacidad de obrar, segun las leyes más favorables á la validez del acto.» El § 26 contiene una muy semejante disposicion, pero mucho ménos importante. Estos dos textos no se encontraban en el proyecto y han sido añadidos más tarde para prevenir la dificultad práctica más arriba mencionada.—Bonemann, Prensz, Recht, t. I, p. 53, nota *l*.

(e) Oesterr. Gesetzbuch, § 4.

En cuanto á los extranjeros dispone lo siguiente: «La capacidad de los extranjeros para realizar actos jurídicos se juzga segun las leyes del lugar á que se encuentran sometidos por consecuencia de su domicilio (*f*).»

Estos dos textos, cualquiera que sea la generalidad de sus expresiones, prueban evidentemente que el estado personal de los nacionales y de los extranjeros se encuentra regido por el mismo principio, es decir, que se juzga segun el derecho local del domicilio; además demuestran que el principio se aplica no solamente á las calificaciones personales (por ejemplo, á la cuestion de saber si alguno es ó no menor), sino tambien á los efectos jurídicos de estas calificaciones: en efecto, los textos citados dicen textualmente: «la capacidad personal de realizarlos (los actos jurídicos)», «la capacidad personal de realizar actos jurídicos.»

Por otro lado, no preve el Código austriaco el caso en que nos fuera desconocido el derecho á que se encuentre sometido el extranjero (*g*).

III) El Código civil francés no contiene sobre nuestro asunto más que un texto demasiado corto: «Las leyes concernientes al estado y á la capacidad de las personas rigen tambien para los franceses que residan en país extranjero (*h*).» Pero resulta claramente de las discusiones preparatorias que la capacidad personal de los extranjeros se regula segun su domicilio, es decir, segun el derecho extranjero. Los autores están de acuerdo sobre este punto con la jurisprudencia de los tribunales (*i*).

Por lo demás, no es dudoso, segun los términos de la ley citada que se aplica no sólo á las calificaciones mismas (*la edad*), sino tambien á los efectos jurídicos de estas calificaciones (*la capacidad*) (*k*). No es dudoso tampoco que en

---

(*f*) Oesterr. Gesetzbuch, §. 34.

(*g*) Podria pretenderse referir á este objeto el § 35, atribuyéndole el mismo sentido que á la disposicion del derecho prusiano más arriba citada (nota *d*). Pero cuando se compara sin prevencion el § 34 con los §§ 35 y 37 se reconoce que el primero se refiere únicamente á la capacidad personal de obrar, y que los tres siguientes hacen relacion á la naturaleza objetiva y á la validez de los actos jurídicos.

(*h*) Código civil, art. 3.

(*i*) Fœlix, p. 44.

(*k*) Fœlix, p. 126 (V. § 362, *d*).

tanto que subsiste la cualidad de francés, es esta la única decisiva, aunque la persona esté domicilada fuera de Francia (*áun residiendo en país extranjero*), de manera que la ley francesa no ha mantenido en todo su rigor el principio de que la capacidad de derecho y la capacidad de obrar tienen por base el domicilio (§ 359, *e*).

§ CCCLXIV.—*I. Estado de la persona en sí misma* (*capacidad de derecho y capacidad de obrar*).—(Continuacion).

Hasta ahora hemos desenvuelto el principio de que el estado de la persona en sí misma, el cual consiste pricipalmente en la capacidad de obrar, se juzga con arreglo al derecho del domicilio de la persona. Pero frecuentemente los que admiten el principio en general le imponen restricciones diversas que se trata ahora de examinar, y entre las cuales unas tienen el carácter de excepciones verdaderas y otras no son más que el reconocimiento de límites naturales, sobre los que cabe equivocarse.

Preténdese que es necesario distinguir dos clases de capacidad y de incapacidad de obrar: la una general y la otra especial. La primera se refiere á los actos jurídicos de toda especie y se le aplica el derecho del domicilio; la segunda se refiere á ciertos actos especiales determinados y se le aplica, no el derecho del domicilio, sino el derecho del lugar en que el acto jurídico se realiza. Esta distincion es puramente arbitraria; pues la incapacidad inherente á un estado determinado de la persona tiene la misma naturaleza en ambos casos, de manera que no podria asignársele una determinacion rigurosa, ni hacer de ella una aplicacion segura (*a*). Hé aquí algunos casos en que podría usarse de esta distincion.

1) Segun el derecho romano son incapaces las mujeres, por el solo hecho de su sexo, de responder por otro (*Sc. Vellejanum*). Ahora bien, si una mujer verifica un acto de esta naturaleza en país extranjero, trátase de saber segun qué derecho local debe juzgarse de la validez de la caucion. Con arreglo á la distincion propuesta la caucion no sería válida si el lugar del contrato estuviese regido por el derecho

---

(*a*) Esta distincion es igualmente rechazada por Wächter, II, página 172 y por idénticos motivos.

romano, aunque el lugar del domicilio de la mujer estuviera sometido á otro derecho. Segun los verdaderos principios la caucion no es válida si el lugar del domicilio de la mujer está regido por el derecho romano, cualquiera que sea, por otra parte, el derecho vigente en el lugar del contrato. Si queremos emplear aquí la expresion técnica adoptada antiguamente por la generalidad, diremos: el Senado-consulto Veleyano es un estatuto puramente personal (*b*).

2) En derecho romano toda persona sometida bajo el poder paterno es incapaz de contraer un préstamo sin el consentimiento del padre (*Senado-consulto Macedoniano*). Esta prescripcion, de idéntica naturaleza que la respectiva á la caucion de las mujeres, es un estatuto puramente personal. Dependerá, pues, la validéz del préstamo de la cuestion de saber si el Senado-consulto Macedoniano es el derecho vigente en el domicilio del prestatario. El derecho del lugar en que se hace el contrato no tiene aquí ninguna influencia.

3) La aplicacion más importante y difícil de esta distincion es la relativa á la letra de cambio. Sobre ningun acto, en efecto, existen tantos derechos locales diferentes como sobre la capacidad personal de librar una letra de cambio, y no existe tampoco ningun acto jurídico cuyos efectos sean tan extensos. En cuanto al derecho comun, hé aquí cómo se presenta la cuestion: los partidarios de la distincion deben determinar la capacidad general del librador (por ejemplo, la mayor edad) segun el derecho del domicilio, su capacidad especial segun el derecho del lugar en que se libra la letra (*c*); con arreglo á los verdaderos principios, el derecho del domicilio es el único decisivo.

La naturaleza enteramente especial de la letra de cambio

(*b*) Se emplea, en efecto, esta expresion por los autores siguientes, los cuales sostienen la misma opinion que yo: Boullenois, t. I, p. 187: Chabot de l' Allier. Questions transitoires, París, 1809, t. II, p. 352.

(*c*) Schäffner, p. 120, sostiene sobre este punto una opinion diferente. Segun él, el librador de una letra de cambio debe tener capacidad para girarla: 1.° en el lugar en que se expide dicha letra; 2.° en el lugar de su domicilio, si en él ha de ejercitarse la accion, pues de otro modo una ley absoluta podría poner obstáculo á ésta. Su error nace de haber entendido equivocadamente las prescripciones del derecho prusiano, de que hablaré seguidamente.

justificaría la intervencion de una legislacion positiva; pues repecto al adquirente de la misma es frecuentemente difícil, y aun imposible, conocer las leyes que existen sobre la capacidad de girar una letra de cambio en el domicilio de todos los que son parte en el contrato, librador, endosantes y aceptantes, como tampoco su mismo domicilio (*d*). A la verdad, la dificultad es menor en la vida real de lo que á primera vista parece. El hombre prudente que acepta una letra de cambio (*e*) despues de haber circulado en varias partes del mundo y estar revestida de numerosas firmas, no para su atencion más que en un pequeño número de ellas, que sabe por experiencia ser seguras, y las demás le son indiferentes. Por lo que respecta á Alemania ha disminuido notablemente la dificultad desde la ley sobre letras de cambio de 27 de Noviembre de 1848 (*f*), la cual, por su artículo primero declara capaz de librar una letra de cambio á todo el que es capaz de contratar, derogando de este modo todas las restricciones impuestas anteriormente á esta capacidad especial (*g*). En cuanto á los extranjeros, admite esta ley el principio de que la capacidad personal del obligado se regula segun el derecho de su domicilio; mas por una disposicion muy equitativa, destinada á facilitar la práctica, añade que todo el que en país extranjero interviene en un contrato de cambio es reputado como capaz de obligarse, si el derecho de este país lo reconocía como tal (art. 84).

Por lo demás, no debe de ningun modo compararse el caso en que el deudor de la letra de cambio es incapaz para esta clase de contratos segun el derecho de su domicilio con el caso en que sea desconocida la institucion de la letra de cambio, ya en el lugar del domicilio, ya en el del contrato. En semejante caso, el librador, el endosante y el aceptante

---

(*d*) Tal es el motivo de una disposicion excepcional del derecho prusiano respecto á la capacidad de obrar, con el objeto de facilitar el derecho de cambio (V. más adelante, notas *l m*).

(*e*) Cuando se trata de un billete á la órden la gran simplicidad de este acto hace ménos difícil la determinacion de la capacidad de obrar.

(*f*) V. la Prensz. Gesetzsammlung, 1849, p. 51. La ley es ejecutoria en Prusia desde el 1.° de Febrero de 1849.

(*g*) El art. 3 dice, expresamente, que toda firma que figura en una letra de cambio tiene por si fuerza obligatoria independientemente de la validez de las demás firmas, disposicion que es muy importante, sobre todo para la capacidad personal para el derecho de cambio.

están válidamente obligados, supuesto que en general tengan la capacidad de obrar. Evidentemente, no podría ejercitarse la accion resultante de la letra de cambio en un país en que sea ésta desconocida; pues en esta materia todo depende del derecho local sobre el procedimiento; pero la obligacion personal constituida por la letra subsiste siempre aunque no se puedan ejercitar en el domicilio del librador las acciones especiales á ellas referentes.

En este punto, vamos á entrar en algunos detalles sobre la lesgislacion prusiana. Si aplicamos rigurosamente á la capacidad del contrato de cambio las reglas generales del código prusiano sobre la capacidad personal de obrar (§ 363. N. 1) tendremos los siguientes resultados. Para el súbdito prusiano el derecho de su domicilio, cualquiera que sea el lugar del contrato, la Prusia ú otro país. El extranjero que libra en Prusia una letra de cambio es juzgado con arreglo al derecho de su nacion ó con arreglo al derecho prusiano, segun que uno ú otro es más favorable al mantenimiento del contrato (§ 363, *d*). El legislador no se ha atenido á la aplicacion pura y simple de los principios generales, pero no se ha separado mucho de ellos. Estas desviaciones se explican por la naturaleza enteramente especial del contrato de cambio y por las restricciones particulares que se ha creido deber imponer á la capacidad en esta materia y que no se encuentran en ninguna otra legislacion. Hélas aquí tales como han subsistido hasta en estos últimos tiempos.

Pueden únicamente librar letras de cambio los que tienen los derechos de comerciantes, los poseedores de bienes de caballeros, los arrendatarios de dominios y aquellos á quienes ha concedido especialmente esta capacidad por su juez personal. Para todo aquel que no pertenezca á una de estas clases, es decir, para la inmensa mayoría de los prusianos está prohibida la letra de cambio (*h*). Una disposicion legislativa aumentó todavía la dificultad de reconocer estas calificaciones: donde existían corporaciones de comerciantes, los miembros de estas corporaciones eran los únicos que tenían derechos comerciales, y por consiguiente

(*h*) A. L. R., II, 8, § 715, 747.

la capacidad del contrato de cambio (*i*). Estas restricciones tenían por objeto indudablemente conceder una proteccion tutelar á los que hubieran podido empeñarse irreflexivamente. La letra de cambio, por la ejecucion rigurosa que la acompaña, parecía un peligroso instrumento de crédito y se quiso reservar su uso á los que por su profesion tenían imperiosamente necesidad de ella (*k*).

Paso á las disposiciones sobre el derecho local aplicable á la apreciacion de la capacidad para el contrato de cambio. Comienzo por los nacionales. Cuando celebran contratos de cambio en Prusia se encuentran naturalmente sometidos á las restricciones del derecho prusiano. Cuando giran letras de cambio en países extranjeros, deberían ser juzgados segun el principio general, con arreglo al derecho de su domicilio, es decir, con arreglo á la ley prusiana y á las restricciones que esta establece. Sin embargo, no sucede así. Su capacidad se juzga segun el derecho del lugar en que ha sido librada la letra de cambio (*l*), y únicamente por excepcion, segun el derecho prusiano, cuando las dos partes contratantes son súbditos de esta nacion (*m*).

(*i*) A. L. R. II, 8, § 480. Esta disposicion fué abolida por la ley sobre los oficios del 7 de Setiembre de 1811 que concede los derechos de comerciante á todos los que pagan matrícula; pero se restableció respecto á todas las ciudades que recibieron estatutos personales para los comerciantes, tales como Berlin, Stettin, Dantzig, Königsberg, Magdebourg. etcétera V. Ergänzungen des A. L. R. von Gräff, Koch, Rönne, Simon, Wentzel (frecuentemente llamado el Jünfmännerbuch), t. IV, p. 758, 760, segunda ed.

(*k*) Koch, Prensz, Recht, t. I, § 415; t. II, § 617, n. 2, 3. separa enteramente la capacidad general de obrar de la capacidad para el contrato de cambio, la cual, segun este autor, constituye en el derecho prusiano un privilegio para los comerciantes. Este punto de vista me parece forzado y no explica de modo alguno las prescripciones especiales sobre el derecho local en materia de letras de cambio. (V. más adelante nota *q*).

(*l*) A. L. R. II, 8, § 936: «los contratos de cambio verificados fuera del reino se juzgan segun las leyes del país en que han tenido lugar.» Considerado este texto en sí mismo podría aplicarse solamente á las formas del contrato de cambio y no á la capacidad de las partes. Pero la prueba evidente de que se aplica tambien á la capacidad resulta del contraste expresado en el § 938: «*Pero* si un prusiano celebra un contrato de cambio *con otro prusiano que no tenga capacidad para realizar semejante acto, este contrato debe ser juzgado como si se hubiese verificado en el reino.*

(*m*) A. L. R. II, 8, § 938 (citado en la nota anterior). Esta interpretacion, ántes controvertida, es hoy admitida generalmente; se apoya: 1.° en un dictámen del Consejo de Estado de 1834, 2.° en una declaracion

¿Cómo explicar ahora, que el código se separe aquí del principio general establecido en el § 23 de la introduccion (§ 363, *a*), y lo mantenga solamente en el caso excepcional en que todas las parte contratantes sean prusianas? El motivo de esta desviacion es, á mi entender, el carácter enteramente especial de la legislacion prusiana sobre la capacidad en esta materia. Cuando un berlinés extiende á un francés una letra de cambio en Berlin, sería muy injusto exigir que este francés, para asegurarse de su título de crédito en Berlin, conociese, no sólo las leyes prusianas, lo cual no es imposible, sino además supiese si el suscritor de la letra de cambio era miembro de la corporacion de los comerciantes de Berlin, ó poseedor de bienes de caballeros, ó arrendatario de dominios, todo lo cual, ciertamente, no es fácil de esclarecer. Pero esta injusticia encontraría su castigo inmediatamente: los prusianos no podrían contratar cambios en países extranjeros, y perderían de este modo su crédito. Era, pues, conveniente y aun necesario abandonar en este caso el principio general (*n*). Por el contrario, se le debía mantener á título de excepcion para el caso en que dos prusianos realizasen un contrato de cambio en país extranjero, pues de otro modo bastaría pasar la frontera para eludir las restricciones que impone el derecho prusiano á la capacidad del contrato de cambio.

Debo añadir, además, que esta desviacion de los principios generales se relaciona por analogía con otra distincion del Código, la del § 35 de la introduccion. La que ésta contiene respecto á los extranjeros en Prusia se encuentra aquí aplicada á los prusianos en países extranjeros; disposicion

---

del Tribunal Supremo de 21 de Noviembre de 1840. Entscheidungen des Obertribunals von Simon, t. VI, p. 288, 300, donde se encuentra (página 289) un extracto del dictámen del Consejo de Estado á que he hecho referencia.

(*n*) Esta desviacion se explica de otro modo en el dictámen del Consejo de Estado y en la declaracion del tribunal (nota *m*), donde se sienta como principio la distincion entre las condiciones *generales* y las *especiales* de la capacidad para el contrato de cambio, distincion contra la cual me declaro al principio de este párrafo. Koch (nota *h*) la explica tambien de diferente manera; considera la capacidad exclusiva del contrato de cambio como un privilegio especial concedido á los comerciantes por la ley prusiana, la cual, por consiguiente, no puede aplicarse en una nacion extranjera.

que se ha considerado como indispensable para la letra de cambio. Pero habría podido extenderse esta prescripcion á todas las relaciones de derecho sin hacer violencia á los principios.

Paso á las disposiciones sobre la capacidad de los extranjeros que libran letras de cambio en Prusia. Hé aquí el texto de la ley.

§ 931: «Las restricciones impuestas por el Código á la capacidad para el contrato de cambio no se aplican á los viajeros extranjeros.»

§ 932. «Por lo demás, los contratos de cambio que realizan en Prusia se juzgan segun las prescripciones de los párrafos 38 y 39 de la introduccion al Código (*o*).»

La redaccion poco feliz del § 931 parece indicar, y varios autores lo han creido así en efecto, que este párrafo deroga los principios generales establecidos en la introduccion; pero realmente no es más que su aplicacion pura y simple. Estos dos párrafos no son indispensables, y aunque no existieran se aplicarían igualmente sus disposiciones. Lo que el § 932 dice expresamente de las condiciones objetivas de la letra de cambio, se aplica tambien á la capacidad personal del contrato de cambio de que habla el § 931. Este párrafo, en efecto, expresa únicamente la proposicion negativa de que las restricciones establecidas por el derecho prusiano no se extienden á los extranjeros; pero esto no quiere decir que su capacidad para el contrato de cambio sea absoluta; por el contrario, conforme al § 35 de la introduccion deben ser juzgados en lo que toca á esta capacidad segun el derecho más favorable al mantenimiento del contrato (*p*). Este pensamiento, que es el del legislador, podría sin inconveniente formularse de la manera que acabo de hacerlo; pues desde luego existe seguridad de que ninguna ley ex-

---

(*o*) Esta indicacion es inexacta; es preciso leer: 34, 35, V. Kamptz Jahob. t. XLIII, p. 445; Erganzungen, etc., von Graff, etc., t. IV, p. 804. Por lo demás, la inexactitud no se debe á una falta de impresion; viene de que se han conservado los números de los §§ del *Gesetzbuch* (1792), números que en el A. L. R. (1794) aparecen cambiados.

(*p*) V. Erganzungen, etc, von Graff, etc. t. IV, p. 804. Débese admitir aquí la distincion del § 35 de la introduccion; en virtud de la misma no debe aplicarse la restriccion que dicho § establece. Esta distincion está conforme con la naturaleza y objeto del contrato de cambio.

tranjera pondría á la capacidad del contrato de cambio tan grandes restricciones como la ley prusiana. Por consiguiente, la proposicion negativa del § 931 era suficiente para el fin práctico propuesto: sin embargo, sería preferible una expresion más sencilla que hubiera prevenido toda falsa interpretacion.

Si, pues, como creo, el § 931 no contiene ninguna derogacion de los principios generales, siendo, por el contrario, su pura y simple aplicacion, no exige explicacion ni apología de ninguna especie (*q*). Todo lo más podrá preguntarse la razon de que esta proteccion tutelar que garantiza á la mayor parte de los nacionales contra los peligros y rigores del contrato de cambio no se extiende á los extranjeros. A esto nos bastará contestar que las medidas protectoras se aplican exclusivamente, por lo general, á los nacionales. Por tanto, si un francés de veintiun años es reconocido en Prusia como capaz de realizar actos jurídicos que puedan traerle perjuicio, actos que no le sean permitidos á los prusianos hasta la edad de veinticuatro años, debemos admitir para ser consecuentes, que en Prusia tiene capacidad para suscribir letras de cambio un francés aunque no sea comerciante, poseedor de bienes de caballeros ó arrendatario de dominios.

Por lo demás, todas estas dudas y dificultades desaparecieron del derecho prusiano desde el 1.° de Febrero de 1849, en que se puso en vigor la nueva ley alemana sobre las letras de cambio, ley que reconoce capaz de suscribir dichas letras á todo el que tenga capacidad para contratar (nota *f*).

§ CCCLXV.—*I. Estado de la persona en sí misma (capacidad de derecho y capacidad de obrar)*.—(Continuacion).

Hasta ahora hemos considerado el derecho local del do-

(*q*) El punto de vista de Koch. (V. nota *k*) no me parece conciliable con esta disposicion. En efecto, si se admite que el derecho prusiano ha querido reservar á los prusianos comerciantes el beneficio que resulta del contrato de cambio como privilegio exclusivo, con el fin de favorecer el comercio, no habría podido sin inconsecuencia conceder á los extranjeros, aun no comerciantes, el goce de un privilegio rehusado á los nacionales que no tienen esta cualidad.

micilio como el que determina en general la capacidad de obrar, y esto aun en los casos respecto á los cuales sostienen muchos autores una opinion contraria (§ 364). Síguese determinar los límites de este principio, es decir, indicar los casos en que cesa de ser aplicable. Los límites que voy á fijar podrán reconciliarme con varios de los adversarios que hasta aquí he combatido, los cuales acaso hayan rechazado el principio teniendo en consideracion solamente estos casos excepcionales.

Dichos casos pueden reducirse á dos clases.

A) Cuando la ley concerniente al estado de las personas (la capacidad de derecho ó la capacidad de obrar) es una de estas leyes absolutas que, por su naturaleza anómala, no cae dentro de los límites de la comunidad del derecho entre Estados independientes, no es el derecho local de la persona el que debe aplicar el Juez, sino el derecho de su propio país. He sentado en otro lugar este principio (§ 349) con todo su desarrollo: en este punto no tengo más que indicar algunas de sus aplicaciones más importantes á la materia que nos ocupa (la capacidad de derecho y la capacidad de obrar).

1) En los países donde se halla establecida la poligamia puede un hombre casado contraer varios matrimonios consecutivos; pero el Juez de un Estado cristiano rehusa á semejantes actos la proteccion de la ley; aplicando, por consiguiente á esta clase de capacidad, no el derecho del domicilio de la persona, sino el de su propio país.

2) Si un indivíduo privado en su patria de la capacidad jurídica por hereje, adquiere derechos ó verifica actos jurídicos en un país que rechaza como inmoral esta especie de incapacidad ó que profesa la religion considerada en el otro Estado como herética, el Juez del país donde se adquiere el derecho ó se verifica el acto debe entónces aplicar su derecho nacional y no el del domicilio de este indivíduo *(a)*.

(*a*) Hert., § 8, nota 3. No es aplicable la misma regla á la incapacidad de suceder á que se encontraría sometido un monje extranjero. Este derecho de su país, correspondiente á la capacidad de obrar ordinaria y que se apoya en la voluntad libre de la persona debe ser observado entre nosotros. Hert., § 13, Bornemann, Prensz, Recht, t. I, p. 53, nota 1.

3) Cuando las leyes de un país restringen la capacidad de adquirir de los institutos eclesiásticos (bienes de manos muertas), los institutos eclesiásticos de los países extranjeros quedan tambien sometidos á estas restricciones. Recíprocamente, las instituciones eclesiásticas de un Estado donde existen estas restricciones no están sometidos á ella en los Estados donde no hay semejantes leyes restrictivas. Así, en ámbos casos, no se juzga la capacidad de obrar segun el derecho del lugar donde tales establecimientos tienen su residencia, sino segun el derecho del Estado de donde depende el Juez llamado á sentenciar.

4) Si la ley de un país declara á los judíos incapaces de adquirir inmuebles, esta ley alcanza á los judíos extranjeros de igual manera que á los nacionales; pero estos últimos pueden adquirir inmuebles en los Estados que no reconocen semejante ley. En ambos casos es, por tanto, inaplicable el derecho local del domicilio de la persona.

De igual manera, una ley francesa muy conocida no permite á los judíos de algunos departamentos del Este (una parte de los cuales se ha incorporado posteriormente á Alemania) adquirir créditos, sino bajo condiciones restrictivas muy rigurosas. Semejante ley obliga en estos departamentos á todos los judíos, ya sean nacionales ó extranjeros *(b)*; los judíos nacionales no están sometidos á ella en los demás Estados. Aquí, pues, no se trata nunca del derecho local del domicilio.

5) En todos los casos que acabo de enumerar la ley que trata de aplicarse á la capacidad jurídica ó á la capacidad de obrar es de una naturaleza positiva y rigurosamente obligatoria *(c)*. En los casos de que voy á hablar ahora la excepcion á la regla general del derecho del domicilio se funda en no estar reconocida en otra nacion una institucion particular de tal determinado Estado.

(b) Wächter, II, p. 173; Fœlix, p, 147. Esta regla se halla conforme con la sentencia del Tribunal Supremo de Munich, Seuffer, Archiw für Entscheidungen der Obersten Gericdte in den deutschen, t, I, n. 35.

(c) No tengo necesidad de recordar que el mérito de las diferentes leyes citadas aquí como ejemplo es indiferente para la cuestion que nos ocupa, por lo cual no tengo que discutir este punto.

6) Tal es la incapacidad jurídica atribuida á la muerte civil por el derecho francés y por el derecho ruso. El juez de un Estado donde la institucion de la muerte civil sea desconocida no hará aplicacion de dicha incapacidad y no tendrá en cuenta, por tanto, el derecho del domicilio (§ 349, *d*).

7) Es preciso decir lo propio de la incapacidad jurídica de un negro esclavo, si se pone en cuestion por un Estado que no reconozca la institucion de la esclavitud (§ 349, *e*).

B) Existen casos en que el principio general no encuentra aplicacion por no pertenecer ni á la capacidad de derecho ni á la capacidad de obrar; por cuya causa, á pesar de su engañosa apariencia, quedan fuera del asunto que exclusivamente nos ocupa. Hé aquí diferentes casos de este género.

1) En muchos países goza la nobleza de ciertos derechos particulares relativos á la adquisicicn de los inmuebles y á las sucesiones. Estos privilegios no tienen con nuestro asunto ninguna íntima relacion. La cuestion de saber si pertenecen exclusivamente á la nobleza del país ó si se extienden tambien á la nobleza extranjera sólo tiene solucion en las leyes constitutivas de estos privilegios y no podría ser decidida por ningun principio general de derecho (*d*).

2) Los privilegios conferidos por diferentes leyes á las iglesias, á los claustros y al fisco acreedores de una quiebra, tienen un carácter muy semejante. Principalmente en lo que concierne al fisco, la nocion abstracta del mismo no se encuentra por lo general; siempre se trata especialmente del fisco del país. Todos estos derechos pertenecen á la teoría de la quiebra y se hallan fuera de nuestro propósito (*e*).

3) La restitucion de los menores ofrece mayor incertidumbre; pues ante todo es preciso determinar exactamente el sentido que el legislador le atribuye. En su orígen se consideraba la restitucion como una restriccion de la capacidad de obrar; de manera que para los menores reemplazaba la incapacidad completa protectora de los impúberos. Pero desde que se ha aplicado la restitucion á los actos de los

---

(*d*) **Wächter, II, p. 172.**
(*e*) **Id. II, p. 173-181.**

curadores y se ha extendido bajo la misma forma á los tutores de los impúberos ha perdido su primitivo carácter *(f)*. Así, pues, la restitucion no pertenece ya á las restricciones de la capacidad de obrar y respecto á la aplicacion del derecho local debe ser clasificada entre los medios de atacar los actos jurídicos *(g)*.

4) De igual modo, el privilegio que proteje á los menores contra todas las prescripciones de ménos de treinta años, y esto sin restitucion *(h)*, nada tiene de comun con la capacidad de obrar; y, por consiguiente, en lo que se refiere al derecho local no debe ser juzgada segun los principios más arriba expuestos *(i)*, sino segun las reglas establecidas para la prescripcion.

Para terminar esta parte de nuestro estudio creo conveniente presentar dos consideraciones generales. Hemos tratado de la capacidad de derecho y de la capacidad de obrar (§ 362-365). La primera, la capacidad jurídica, tenía en derecho romano el predominio y ocupaba el primer lugar; en derecho actual sólo ocupa el segundo, pues de las restricciones puestas por los romanos á la capacidad jurídica, unas no existen hoy y otras han disminuido considerablemente. De este modo, no existe ya la influencia de la libertad y del derecho de ciudad: la influencia del poder paterno es mucho menor.

Mi segunda observacion se refiere al domicilio reconocido por nosotros como el fundamento determinante del derecho local aplicable al estado de la persona en cada caso particular. Pero como no es inmutable el domicilio por su naturaleza, el estado del derecho de la persona cambiará con él, admitiendo que este estado deba juzgarse siempre segun el domicilio actual, y no segun el domicilio anterior, aunque este último remontase á la época del nacimiento *(k)*.

Esta regla ha sido generalmente adoptada *(l)* y se en-

(f) V. t. V, § 322.
(g) V. Wächter, II, p. 174, 179.
(h) V. t. VI, § 324, núm. 1.
(i) Wächter II, p. 179.
(k) Pertenece esta cuestion á la que he sentado en el § 344, *e* sin discutirla.
(l) Story, § 69, y sig.

cuentra confirmada principalmente, aunque de una manera indirecta, por un texto del derecho prusiano *(m)*. Tenemos, sin embargo, que examinarla bajo un doble aspecto.

En primer lugar se ha adoptado fácil y generalmente por los tribunales del nuevo domicilio y áun por los de cualquiera otra localidad. Pero es contradicha con frecuencia por los tribunales del domicilio anterior que quieren aplicar su propio derecho local, á pesar del cambio de domicilio, por más que en principio no pueda esto justificarse *(n)*.

En segundo lugar existe una aplicacion frecuente é importante de esta regla, aplicacion que merece toda nuestra atencion: la relativa á la época legal de la mayor edad. La aplicacion absoluta de la regla nos daría aquí dos resultados contradictorios. El Código prusiano fija la mayor edad á los veinticuatro años; el derecho francés, vigente en Colonia, la fija á los veintiuno. Así, pues, si un berlinés de edad de veintidos años, trasportase su domicilio á Colonia, llegaría á ser inmediatamente mayor. Por el contrario, si un habitante de Colonia de edad de veintidos años, trasladase su domicilio á Berlin, volvería á ser menor, debería someterse de nuevo á la tutela y permanecer en ella todavía dos años. El primero de estos resultados no ofrece ningun inconveniente y con dificultad podría ser controvertido. Pero el segundo, por más que haya sido admitido por antiguos autores (*o*), debe ser rechazado en virtud de los motivos siguientes.

Cuando un menor llega á la mayor edad en el lugar de

(m) A. L. R. Eisal., § 24: «El simple abandono del territorio sometido á la jurisdiccion, cuando no está perfectamente justificada la intencion de elegir otro domicilio, no modifica de manera alguna los derechos y los deberes personales de este indivíduo.» De donde resulta tambien con evidencia que la eleccion indudable de un nuevo domicilio cambia los derechos personales.

(*n*) Story cita en apoyo de una y otra opinion á muchos autores y las sentencias dictadas en América é Inglaterra. Su discusion completa abraza, á la verdad, dos cuestiones muy distintas en sí: la colision del antiguo y del nuevo domicilio, y la colision entre el domicilio en general y el lugar en que el acto jurídico, un matrimonio, por ejemplo, se ha realizado.

(*o*) Lanterbach, de domicilio, § 69, Dissert., t. II, p. 1353; Hert., § 5, in fine.

su domicilio, la independencia que resulta de este hecho tiene todos los caractéres de un derecho adquirido y no puede serle arrebatado por una circunstancia accidental, como es el cambio de domicilio. Esto se encuentra especialmente confirmado por la comparacion con el caso en que la mayor edad adquirida en el domicilio anterior resulta, no de la edad, sino de la *venia œtatis*. El cambio de domicilio no podría anular los efectos de esta dispensa concedida por el soberano (*p*). Atribuir ménos eficacia y duracion á la mayoría declarada por el derecho del antiguo domicilio sería una decision contra naturaleza y enteramente arbitraria.

La doctrina que acabo de exponer ha sido adoptada sin controversia en el derecho prusiano por los autores y por la jurisprudencia de los tribunales (*q*).

§ CCCLXVI.—II. *Derecho de las cosas.—Reglas generales.*

Vamos ahora á ocuparnos de los derechos sobre cosas particulares, es decir, de los derechos reales, con el fin de determinar la ley que los rige; en este punto el objeto mismo nos conduce á esta determinacion. En efecto, como semejante objeto cae bajo el dominio de nuestros sentidos y ocupa un lugar determinado en el espacio, este lugar donde se encuentra constituye al mismo tiempo el asiento de la relacion jurídica. El que quiere adquirir ó ejercitar un derecho sobre una cosa se trasporta con esta intencion al lugar que ocupa y para esta especial relacion jurídica se somete al derecho de la localidad. Así, pues, cuando se dice que los derechos reales se juzgan segun el derecho del lugar en que la cosa se encuentra (*lex rei sitœ*), se parte del mismo principio que cuando se aplica al estado de la persona la *lex domicilii*. Este principio es la sumision voluntaria.

(*p*) Este último punto ha sido tambien reconocido en el tratado celebrado entre Prusia y Sajonia el año 1821, § 3 (Ges. Samml., p. 39). Ha sido admitido por Hest., § 8, en lo cual se encuentra (nota *n*).

(*q*) Bornemann, Prensz. Recht., t. I, nota 1, núm. 2; Koch, Preusz. Recht., § 40, nota 11. Ambos citan varios rescriptos del ministerio de justicia que no dejan la menor duda sobre la jurisprudencia de los tribunales.

En este punto se manifiesta tambien la íntima relacion, indicada anteriormente *(a)*, que existe entre el derecho local y la jurisdicion. A la verdad, el *forum rei sitæ* era enteramente desconocido en el derecho romano primitivo *(b)*; pero pronto se estableció para la accion de la propiedad *(c)* y más tarde se extendió á otros derechos *in rem* *(d)*. El demandante es siempre libre de elegir entre la jurisdiccion especial *(forum rei sitæ)* y la jurisdiccion general *(forum domicilii)*. Sin embargo, la determinacion del derecho local exige una regla fija y no podría ser subordinada á la voluntad arbitraria de una sola de las partes. Debemos, pues, adoptar exclusivamente uno ú otro de estos derechos; y hemos de preferir el derecho del lugar en que la cosa se encuentra situada (*lex rei sitæ*), fundándonos en la voluntad que existe especialmente para la relacion de derecho individual. Otro motivo viene además á justificar esta preferencia. El derecho sobre una cosa puede ser comun á varias personas que tengan cada una un domicilio diferente. Si, pues, los derechos reales se juzgasen segun el derecho del domicilio habría que decidir en semejante caso cuál es el domicilio cuyo derecho se quiere aplicar. Pero esta incertidumbre desaparece cuando se adopta la *lex rei sitæ* que, por su naturaleza, es siempre simple y exclusiva.

El principio que acabo de sentar ha sido en todos los tiempos generalmente admitido y á él se refiere la definicion más arriba expuesta de los estatutos reales (§ 361, n. 1), de la cual resultaba que las leyes que tienen directa y principalmente por objeto los derechos sobre las cosas rigen á todas las que se encuentran situadas dentro del dominio del

---

(a) V. § 360, núm. 1. Sobre el *forum rei sitæ* se puede consultar en general á Bethmann-Holweg, Versuche, p. 69, 77, donde se desenvuelven las diversas proposiciones que dejo sentadas.

(b) Vatic. fragm., § 326. No resulta lo contrario de la L. 24, § 2, de jud. (V, 1), porque este texto no habla del *forum rei sitæ*, sino del *forum originis* que todo ciudadano tenía en la ciudad de Roma (independientemente de su patria especial), pero al que podían sustraerse los enviados.

(c) L. 3, C. ubi in rem (III, 19).

(d) Nov. 69. La ausencia de las fuentes no nos permite decidir si esta ampliacion es un derecho enteramente nuevo ó si Justiniano no hizo más que confirmar una jurisprudencia ya establecida. Mühlenbruch, Archiv. t. XIX, p. 377, dice sin vacilar que esta ley no constituye ninguna innovacion.

legislador, sin distinguir si los titulares de estos derechos son nacionales ó extranjeros. Sin embargo, el reconocimiento de esta sana doctrina ha sido oscurecido durante largo tiempo por una distincion arbitraria que le quita toda su eficacia y sus más importantes consecuencias. Así, no se aplicaba el principio más que á los inmuebles, pretendiéndose respecto á los muebles que era preciso seguir, no la *lex rei sitæ*, sino la *lex domicilii*, lo cual se debe á una ficcion que hacía considerar á los bienes muebles, cualquiera que fuese el lugar donde se encontrasen, como existentes en el domicilio de la persona (*e*).

Esta distincion tuvo origen en el dominio del derecho de sucesion, donde se hacía de ella una aplicacion muy importante y muy falsa tambien. Despues se ha ampliado á los derechos sobre las cosas; pero es tan poco exacta en esta materia que su aplicacion lógica á los derechos reales es con frecuencia enteramente inadmisible y difícilmente encontraría partidarios. En uno y en otro dominio debe ser esta distincion absolutamente rechazada; de modo que debe aplicarse un mismo derecho local, tanto á los muebles como á los inmuebles. Pero observo que sobre estas dos aplicaciones se hallan las opiniones divididas y en contradiccion directa. En materia de sucesion, segun los verdaderos principios, se aplica el derecho local del domicilio á toda clase de cosas. Los adversarios la admiten para los muebles, pero pretenden que los inmuebles se rigen por otro derecho; el de la situacion de los bienes. Cuando, por el contrario, se trata del derecho de las cosas, segun los verdaderos principios la *lex rei sitæ* se aplica á las de toda especie; sin embargo los adversarios la admiten sólo para los inmuebles y pretenden que los muebles se rigen por el derecho local del domicilio de la persona.

En lo que toca á la cuestion que nos ocupa (el derecho de las cosas), para apreciar el valor de esta distincion vamos primero á examinar la tendencia de la legislacion en diferentes épocas. No disimularé en este punto que las antiguas

---

(*e*) Los autores modernos expresan frecuentemente este principio por la fórmula: *movilia ossibus inhærent*, que le dá una apariencia de antigüedad. Story, § 362 Schäffner § 65. Esta apariencia no tiene fundamento alguno y no podría indicarse el orígen de tal fórmula.

colecciones de leyes alemanas el *Sachsenspiegel* y el *Schwabenspiegel* parecen atribuir una importancia particular á los inmuebles, favoreciendo de este modo la distincion que rechazo (*f*). Pero los textos relativos á este objeto son tan vagos é indeterminados, el contraste que implícitamente admiten es tan incierto, que nada concluyente podría sacarse de ellos.

Hácia mediados del siglo XVIII la legislacion Bávara ha rechazado completamente esta distincion y aplica tanto á los muebles como á los inmuebles el derecho del lugar en que están situados los bienes (*g*).

Por otro lado, las colecciones más modernas de leyes se aproximan á la opinion que dominaba en la época en que fueron redactadas y son favorables á la distincion; pero se expresan en términos tan abstractos y tan vagos que no nos ofrecen decisiones seguras, principalmente sobre su concepto para regular los derechos reales. Así sucede con el código prusiano (*h*) y más todavía con el código austriaco (*i*). El código francés sólo adopta la distincion tácitamente, pues para los inmuebles ordena la aplicacion del derecho donde están situados los bienes, y nada dice de las cosas muebles (*k*). Todos estos códigos declaran solamente que ciertas cosas se juzgan ó están sometidas á tales leyes etc.; pero estos terminos generales son suceptibles de las más diversas interpretaciones cuando se trata de determinar dentro de qué límites y por qué modo tiene lugar este juicio y esta sumision.

(*f*) Spchsenspiegel, I, 30; III, 33; Schwabenspiegel, cap. LXXXVII, CXXX, CCCCV.

(*g*) Cod. Bavar. Maximil. p. 1, c. II, § 17: «Se debe... *in realibus vel mixtis* seguir y observar el derecho establecido *in loco rei sitæ*, sin distincion entre las cosas muebles y las inmuebles.» El texto ha sido trascrito completamente en Eichhorn, Deutsches Recht, § 34, nota *d*.

(*h*) A. L. R. Einleitung, § 28: «los bienes muebles de un individuo... se rigen segun las leyes de su jurisdiccion ordinaria,» es decir, segun el domicilio, § 23, § 32: «respecto á los inmuebles *se aplica*, cualquiera que sea el propietario, *las leyes* del lugar en que están situados los bienes.»

(*i*) Oesterr. Ges., § 300: los bienes inmuebles *están sometidos* á las leyes del lugar en que se encuentran situados; todos los demás bienes se rigen por *las mismas leyes que la persona del propietario*.

(*k*) Cod. civil art. 3: «Los inmuebles, aun los poseidos por extranjeros, se rigen por la ley francesa.»

Paso al exámen de las opiniones de los autores sobre la cuestion que nos ocupa.

La mayor parte de los antiguos autores y los más recomendables se deciden por la distincion entre las cosas muebles y las inmuebles (*l*) y esta opinion ha encontrado partidarios hasta en los tiempos actuales (*m*); sin embargo, la adhesion de varios de ellos á esta doctrina es más aparente que real. Así sucede que la exponen bajo la misma forma general que sus predecesores y en este sentido parecen confundirse con ellos (*n*); pero cuando se trata de hacer su aplicacion real á los derechos sobre cosas determinadas se separan de los autores antiguos, mostrándose de este modo infieles á su propio principio (*o*).

De otro lado, la mayor parte de los autores modernos rechazan enteramente la distincion y no admiten más que una sola y misma regla para las cosas muebles y las inmuebles, el derecho del lugar en que se encuentran situadas (*p*); he dicho más arriba que me decido por esta opinion.

Los partidarios de la doctrina que combato y que someten las cosas muebles, no á la *lex rei sitœ*, sino á la *lex domicilii* olvidan ordinariamente ó disimulan el lado débil de su doctrina. Se dice, en efecto, que el derecho local aplicable es el del domicilio de la persona; pero, ¿cuál es esta persona? (*q*). Será sin duda la que tiene derecho á la cosa en virtud de la relacion de derecho. Pero esta regla es muy equívoca y, aunque se admitiera, el principio bastaría para ha-

---

(*l*) Argentræus, num. 30. Rodenburg, tít. I, c. 2. J. Voet, sect. 4, C. 2, § 8. J. Voet, § 11. (Este último, sin embargo, añade la discreta restriccion de que las leyes de carácter político, por ejemplo, las que versan sobre la exportacion de granos, tienen una accion territorial rigurosa sobre las cosas tanto muebles como inmuebles que se encuentran en el país).

(*m*) Story, chap. IX, X y § 362. Fœlix, p. 72, 75, 80. Schäffner, § 54. 56, § 65, 68. Story, § 386, observa, sin embargo, que los tribunales de la Luisiana aplican á las cosas muebles la *lex rei sitœ* y no la lex *domicilii*.

(*n*) Fœlix y Schäffner, (nota *m*).

(*o*) Fœlix, p. 78. Schäffner, § 66, afirma que no hay regla general respecto á los derechos sobre cosas particulares.

(*p*) Mühlenbruch, Doctrina Pand., § 72; Meiszner, Vom stillschweigenden Pfandrecht; pero principalmente Wächter, I, p. 292, 29 ; II, 199, 200, p. 383, 389; y cita varios partidarios de esta opinion, I, 293, nota 130.

(*q*) Wächter, I, p. 293, desenvuelve perfectamente esta objecion.

cer su aplicacion vaga ó incierta por demás. Bajo esta definicion podría entenderse tambien el propietario *(r)*; pero cuando se trata de la traslacion de la propiedad no se sabe si designa al antiguo ó al nuevo propietario, ni puede determinarse á qué parte deba atribuirse cuando la propiedad está en cuestion. Ciertamente se podría abandonar por completo la determinacion del propietario, sustituyéndolo por el poseedor, lo cual simplificaría y facilitaría mucho la aplicacion de la regla. Por último, independientemente de la propiedad hay ciertos derechos reales que, cuando existen ó se pretenden, constituyen para otras tantas personas un derecho á la cosa. Así pues, aunque fuera verdad que el derecho local se determina por el domicilio de la persona, este principío sería demasiado equívoco, porque las diferentes personas de que acabo de hablar pueden tener domicilios diferentes y esta pretendida regla no podría darnos la solucion práctica del problema.

En todo caso queda por resolver la cuestion principal, la de saber si existe en la naturaleza de las cosas un motivo legítimo para establecer una distincion entre los derechos sobre las cosas muebles y los que existen sobre los inmuebles y para someterlos á un derecho local diferente. La negativa no es dudosa; y si no se ha llegado á un acuerdo sobre esta cuestion, acaso se deba á haberse formulado de una manera demasiado abstracta. Procuro demostrar que en la vida real pasan las cosas de otro modo. Las consideraciones que voy á exponer explicarán al mismo tíempo el orígen de la opinion que combato y hará resaltar el elemento de verdad que contiene.

Al examinar el lugar que ocupan en el espacio las cosas muebles aparecen dos casos extremos diametralmente opuestos, entre los cuales viene á colocarse una multitud de casos intermedios.

El lugar que las cosas muebles ocupan en el espacio puede ser tan indeterminado y variable que no exista ninguna idea precisa sobre el territorio en que se encuentre, lo cual excluye naturalmente la sucesion voluntaria al derecho local de este territorio. Cítanse como ejemplos los casos

---

(r) **Así lo entiende la legislacion de Prusia y la de Austria, V. notas *h* é *i*.**

siguientes. El viajero que es conducido con su equipaje en un tren ó en una diligencia puede atravesar en un solo dia varios países sin inquietarse por saber cuál es el que momentáneamente pisa. Lo mismo sucede cuando un comerciante expide mercancías para un país lejano, durante todo el tiempo en que dichas mercancias están en camino, principalmente cuando son expedidas por mar para diferentes puertos y aun para diferentes partes del mundo, con el fin de buscar el mercado más ventajoso. En semejantes casos no se podía evidentemente aplicar la *lex rei sitæ* y debemos buscar con el pensamiento el lugar en que la cosa ha de quedar por más largo tiempo ó por un tiempo indeterminado Algunas veces se nos indica este lugar de una manera cierta por la voluntad del propietario; algunas veces tambien coincide con el domicilio de este. Citaré como ejemplos el equipaje que un viajero lleva ordinariamente consigo cuando termina su viaje ó las mercancías que un negociante expide y remite, cuando no encuentra colocacion en el lugar de su domicilio para esperar tiempos más propicios. Evidentemente por haber tomado en consideracion los casos de esta especie, se ha pretendido aplicar de una manera general el derecho del domicilio á las cosas muebles (*s*).

El segundo caso, completamente inverso, aparece cuando las cosas muebles están destinadas á permanecer constantemente en el mismo lugar, como los muebles de una casa, una biblioteca, una coleccion de objetos de arte, los instrumentos de labranza qne sirven para la explotacion de una finca rústica. Es verdad que el destino de estas cosas no es inmutable, y que se las puede trasportar á otro lugar ó á otro país; pero semejantes cambios son accidentales y están fuera de las intenciones actuales y de las previsiones del poseedor (*t*). El domicilio de la persona nos ofrece una

---

(*s*) Esto nos explica la razon de que los tribunales y los autores americanos, Story por ejemplo, sean grandes partidarios de esta opinion: pues naturalmente tienen principalmente en cuenta el comercio marítimo.

(*t*) Esta distincion de las cosas muebles destinadas á permanecer en un lugar determinado, se menciona frecuentemente en el derecho romano, si bien bajo puntos de vista jurídicos diferentes del que nos ocupa. L. 35, pr. § 3, 5, de her. inst. (XXVIII, 5), L. 17, de act. emt. (XX, 1); L. 32, de pign. (XX, 1); L. 203, de V. S. (L, 16).

relacion idéntica, puesto que se considera siempre como permanente, aunque pueda ser cambiado á cada instante en lo futuro. Solo existe un motivo aparente para tratar las cosas de esta especie de otro modo que los inmuebles; por lo que deben ser juzgadas seguramente segun el derecho local que determina su actual situacion y no el domicilio del poseedor ó del propietario. Así lo admiten diversos autores que en lo demás mantienen el principio de la distincion entre los muebles y los inmuebles, de modo que al exceptuar de su regla esta clase de cosas muebles, manifiestan una opinion intermedia *(u)*.

Entre las dos clases de cosas muebles de que acabo de hablar vienen á colocarse varias otras que se relacionan por diferentes grados. Sirvan de ejemplos las mercancías que un negociante tiene en depósito en un lugar diferente de su domicilio durante un tiempo indeterminado, el equipaje de un viajero que se queda en un país extraño. Respecto á todas estas cosas las circunstancias particulares determinarán si pertenecen á una ú otra clase. Entónces no se tendrá en cuenta solamente el tiempo más ó ménos largo durante el que haya permanecido la cosa en un lugar, sino tambien la naturaleza de la relacion de derecho aplicable. Si el litigio versa, por ejemplo, sobre la forma de la enajenacion (la tradiccion ó el simple contrato), para aplicar el derecho local del lugar donde la casa está situada se podría exigir un tiempo más corto que cuando se trata de una cuestion de usucapion. Pero en general debemos sentar como regla la aplicacion de la *lex rei sitæ* y considerar como una excepcion, relativamente rara, la sentada anteriormente respecto á los casos de la primera especie.

§ CCCLXVII.—II. *Derecho de las cosas.—Propiedad.*

Voy á pasar revista á las diversas cuestiones de derecho relativas á la propiedad, donde puede ocurrirse la aplicacion de los diferentes derechos locales.

1) La capacidad de adquirir, de igual manera que la

(*u*) J. Voet, ad Pand., I, 8, § 14; Story, § 382 y muchos otros autores citados en Wächter, I, p. 296, nota 133.

capacidad de enajenar, se juzga segun el derecho vigente en el domicilio de la persona que pretende enajenar ó adquirir (§ 362), no segun el derecho del lugar en que la cosa se encuentra situada; pues cada una de estas capacidades no es más que una rama especial de la capacidad jurídica en general y de la capacidad de obrar; y pertenece por tanto al estado de la persona.

Esta regla ha sido atacada por diversos argumentos cuyo mérito he discutido ya. Se ha dicho que estas capacidades no pertenecen á las calificaciones de la persona en sí misma, sino á los efectos jurídicos de estas calificaciones; y por tanto, que no debe aplicarse el derecho del domicilio, sino el derecho del juez llamado á sentenciar *(a)*.

Otros admiten en general el derecho del domicilio; pero establecen una excepcion para el caso de las cosas inmuebles, y pretenden en su consecuencia que la capacidad personal se juzga segun la *lex rei sitæ*, es decir, que hay lugar á la aplicacion del estatuto real *(b)*.

Esta regla experimenta sin duda una excepcion cuando la capacidad de adquirir se encuentra restringida por una ley rigurosamente obligatoria, como las que tienen el carácter de una ley de policía. Semejantes leyes se aplican á todas las cosas situadas en los países que obedecen al legislador, sin que haya que ocuparse del derecho del domicilio de la persona que pretende adquirir (§ 365).

2) La cuestion de saber si una cosa puede convertirse en propiedad privada y, por consiguiente, que no es de las *res quarum commercium non est*, se juzga segun el derecho del lugar en que la cosa se encuentra situada.

3) Esta misma regla se aplica á la determinacion de las cosas sin dueño, y consiguientemente á la facultad ó á la prohibicion de adquirir por ocupacion ciertas cosas. Tales son las leyes relativas á ciertos derechos de regalía sobre el ámbar y sobre otras varias clases de minerales. En esta materia nadie duda de que la *lex rei sitæ* no es la única decisiva y, por consiguiente, que no se extiende á las cosas

(*a*) He tratado extensamente de esta opinion en el § 362.

(*b*) V. § 362, nota *g*. Esta falsa doctrina ha sido adoptada por Story, § 430-444, que cita un gran número de autores. La doctrina verdadera se sostiene por Huber, § 12.

muebles. Sin embargo, la propiedad adquirida en virtud de una ley de este género debe ser reconocida en todos los Estados, aun en aquellos en que semejante adquisicion no fuera permitida.

4) Existen reglas de derecho muy diferentes respecto á las formas de la enajenacion, ó sea la trasmision voluntaria de la propiedad: segun el principio más arriba sentado debemos aplicar á este respecto la regla general vigente en el lugar en que se halla situada la cosa, sin tener en cuenta el domicilio del adquirente ó del vendedor, ni el lugar en que el contrato se haya verificado.

Bajo este sentido, en derecho romano la enajenacion resulta de la tradicion de la cosa, y lo mismo sucede en el derecho prusiano *(c)*. Segun el Código francés la obligacion de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes *(d)*.

Los ejemplos siguientes exclarecerán por completo esta regla. Cuando un parisiense vende á uno de sus compatriotas una cosa mueble que se encuentre en Berlin, no se trasmite la propiedad sino por la tradicion. Por el contrario, si un berlinés vende á uno de sus compatriotas una cosa mueble que se encuentre en Berlin se trasmite la propiedad por el simple consentimiento de las partes. Lo mismo sería si en estos ejemplos sustituyéramos la ciudad de Colonia á la de París.

Para la aplicacion de esta regla basta fijar el lugar en que se encuentra la cosa, aunque esté en él accidentalmente *(e)*; pues en uno y otro caso resulta la trasmision de la propiedad de un acto momentáneo, que sólo exige brevísimo tiempo. De otro modo sucede en los casos excepcionales en que la situacion actual de la cosa es tan indeterminada que las partes no pueden tener una idea precisa de ella. En semejantes casos se considera situada en el lugar probable de

---

(c) A. L. R., I, 10, § 1. V. Koch, Prensz. Rucht., t. I, § 252, 255, 174. Las grandes facilidades prácticas concedidas á los ausentes (I, 2, § 128-133), en virtud de las cuales les basta remitir la cosa para efectuar la tradicion, no modifican en nada el principio mismo.

(d) Código civil, art. 1138. Este es tambien el derecho vigente en las provincias del Rhin de Prusia.

(e) V. § 366, p. 180.

su destino, que será frecuentemente el del domicilio del propietario.

En los diversos casos acabados de enumerar, sólo se trata evidentemente de la situacion de la cosa en el momento en que la propiedad se trasmite. Desde el punto en que esta trasmision se verifica el cambio de lugar de la cosa viene á ser por completo indiferente; pues una vez adquirida la propiedad, el derecho del propietario es el mismo, cualquiera que sea el lugar en que la cosa se encuentre.

5) La adquisicion de la propiedad por usucapion se distingue esencialmente de la adquisicion por tradicion en cuanto que la tradicion es un acto instantáneo, miéntras que la usucapion resulta de una série de hechos continuados durante un largo espacio de tiempo.

En cuanto á los inmuebles no ha sido controvertida por nadie la aplicacion de la *lex rei sitæ:* respecto á los muebles, se hallan, por el contrario, muy divididas las opiniones (*g*). La cuestion es tanto más importante en este punto, cuanto que las leyes difieren mucho segun los países. El derecho romano exige dos años de posesion, diez el derecho prusiano (*h*); y el Código francés declara que en cuestion de muebles sirve de título la posesion, si bien el propietario de una cosa robada ó perdida puede reivindicarla durante tres años (*i*). Por esta última disposicion se acerca mucho el derecho francés al romano en lo que respecta al resultado práctico.

La aplicacion de la *lex rei sitæ* parece tanto más cierta en esta materia cuanto que la base de toda usucapion es una posesion continuada. Pero siendo por su naturaleza una relacion puramente de hecho, se juzga más incontestablemente todavía que ningun otro derecho real, segun la *lex rei sitæ* (§ 368).

Puede ahora suscitarse una duda respecto al caso en que

(*g*) Mühlenbruch, Doctr. Pand., § 73, adopta fundadamente la *lex rei sitæ*; Meier, p. 37, adopta la *lex domicilii*, es decir, del domicilio. del que adquiere usucapion, puesto que tiene ya la propiedad pretoriana. Schäffner, § 67.
(*h*) A. L. R. Y., § 620.
(*i*) Código civil ,art. 2279.

se encuentre la cosa mueble durante el tiempo de la usucapion en diferentes países. Es evidente que estos cambios de lugar no interrumpen la posesion; pero el cumplimiento de la usucapion, es decir, la adquisicion de la propiedad, debe juzgarse segun el derecho del último lugar donde la cosa radique, puesto que la traslacion de la propiedad no se verifica hasta la expiracion del tiempo fijado para la usucapion; hasta entónces no ha hecho más que prepararse este resultado (*k*). Una vez adquirida la propiedad conforme al derecho local, debe ser reconocida en cualquier otro país, aunque estas leyes exigieran mayor plazo para la usucapion.

6) El ejercicio de la accion resultante de la propiedad y las disposiciones especiales que á él se refieren han de regularse segun el derecho del lugar en que el proceso se intenta (*l*).

Puede ser este el lugar donde la cosa se halle situada, vista la competencia de la jurisdiccion local (§ 366, *a*), y entónces se aplica la *lex rei sitæ*; puede ser tambien el del domicilio del demandado; pues segun el derecho comun, estas dos jurisdicciones son de igual modo competentes, y el demandante puede elegir una ú otra; en este caso se aplica la *lex domicilii* del demandado á todas las cuestiones jurídicas que se refieren á la acccion de la propiedad. Hay que reconocer que esta alternativa concedida al demandante le confiere un poder arbitrario que puede tener sus inconvenientes; pero son inevitables.

Se notan grandes diferencias entre las restricciones impuestas por las legislaciones á la accion resultante de la propiedad. El derecho romano concede esta accion contra todo poseedor no propietario, sin indemnizacion alguna por el precio de la adquisicion pagado por este poseedor. El Código prusiano admite igualmente un derecho de reivindicacion ilimitado, pero con reserva de una indemnizacion para el poseedor de buena fé (*m*). El derecho francés no admite la

---

(*k*) Encontramos, pues, aquí el mismo principio que en la materia de colision en el tiempo de las leyes sobre la usucapion.

(*l*) V. § 361, núm. 3, C,

(*m*) A. L. R. I., 15, § 1, 26.

reivindicacion de las cosas muebles, pero impone á esta regla las siguientes excepciones: las cosas robadas ó perdidas pueden ser reivindicadas hasta los tres años; los efectos muebles no pagados pueden reivindicarse dentro del octavo año de la entrega (*n*). Cada una de estas diferentes reglas se aplica segun que el país donde resida el Tribunal llamado á sentenciar esté regido por el derecho romano; por el derecho prusiano ó por el derecho francés.

A la instancia entablada sobre la propiedad pueden referirse, como consecuencias especiales, la restitucion de los frutos, la indemnizacion debida por la pérdida ó deterioro de la cosa reivindicada, etc., (*o*). Todas estas cuestiones accesorias se juzgan igualmente segun el derecho en vigor en el lugar de la residencia del tribunal encargado de la demanda principal.

§ CCCLXVIII.—II. *Derecho de las cosas.*—Jura in re.

Los principios que acabamos de sentar respecto á la propiedad se aplican en gran parte á los demás derechos reales (*jura in re*).

1) Nadie duda de que las servidumbres prediales se juzgan segun la *lex rei sitæ.*

Lo mismo sucede respecto á las servidumbres personales que tienen por objeto una cosa inmueble.

Cuando el objeto de esta servidumbre es una cosa mueble pretenden varios equivocadamente que es preciso aplicar la *lex domicilii*, de igual manera que cuando se trata de la propiedad de las cosas muebles. No volveré á tratar de esta cuestion general que anteriormente ha sido ya largamente discutida (§ 366).

2) La enfiteusis y el derecho de superficie no dan lugar á dificultad alguna, puesto que se refieren siempre á inmuebles; por lo cual todos reconocen que se juzgan segun el derecho del lugar en que la cosa se encuentra situada.

3) El derecho prusiano concede al locatario, al colono y á todos los que en virtud de un título semejante son deten-

(*n*) Código civil, art. 2279, 2102, núm 4.
(*o*) V. § 260 y sig.

tadores de la cosa de otro un derecho real con una accion *in rem* contra el tercer poseedor, supuesto que la cosa les haya sido entregada (*a*). Sabemos que el derecho romano no admite esta especie de derechos reales.

Sin duda alguna este derecho real existe solamente cuando una cosa mueble ó inmueble se encuentra en los Estados prusianos en la época de su tradicion; pues si en esta época se encontrase en un país regido por el derecho romano, no naceria semejante derecho real.

Si ahora se supone que el locatario de un mueble, despues de haber adquirido en Prusia este derecho real, lo transporta á un país sometido al derecho romano, podría creerse que tuviera la facultad de ejercitar en este país contra un tercer poseedor el derecho adquirido en Prusia. Sin embargo, á mi entender, debería su pretension ser rechazada, puesto que se funda en una institucion especial jurídica que no reconoce la legislacion del país (*b*). Por lo demás, esta cuestion no ofrece gran interés práctico, porque el derecho real de que se trata solo tiene consecuencias importantes respecto á los inmuebles.

4) No solo tiene el derecho de prenda una mayor eficacia que los *jura in re* de que he hablado hasta aquí, sino que respecto á la cuestion que nos ocupa suscita tambien mayores dudas y dificultades.

En este punto la aplicacion de la *lex rei sitæ* constituye así mismo la regla; y las objeciones que pudieran presentarse son completamente especiosas.

Comenzaré por exponer las diferencias más importantes que presenta esta institucion en los diversos países de Alemania.

El derecho romano descansa en los principios siguientes:

a) El derecho de prenda, como derecho real que puede oponerse á todo tercer poseedor, se adquiere por simple contrato y áun sin la toma de posesion (*c*).

(*a*) A. L. R. Y., 2, § 135, 137; I, 7, § 169, 170. V. Koch, Prensz. Recht. t. I, § 317, 318.

(*b*) V. anteriormente, § 149, B. Wächter, II, p. 388, 389 es de la misma opinion, no en el caso especial que nos ocupa, sino en un caso muy semejante, el del derecho de prenda de que hablaré enseguida.

(*c*) Intencionalmente no considero aquí el derecho de prenda más que en su sentido propio, como desmembracion de la propiedad, y no hablo de su aplicacion más artificial à las obligaciones, etc.

b) El contrato puede ser tácito, pues existen varios actos jurídicos en que por virtud de una regla general de derecho se supone que ha sido constituida la prenda para seguridad de la obligacion *(d)*.

c) No se hace distincion alguna entre los muebles y los inmuebles como objetos de un derecho de prenda.

d) El contrato expreso ó tácito, puede versar, no sólo sobre cosas particulares, sino tambien sobre la universalidad de un patrimonio. En este último caso, el contrato abraza todo lo que forme actualmente parte del patrimonio y todo lo que se añada á él posteriormente, es decir, que no solamente no son los objetos designados por las partes, sino que tampoco podrían serlo. Equivocadamente se ha considerado el patrimonio que forma la materia de semejante derecho de prenda como un conjunto ideal independientemente de su contenido y se le ha querido aplicar por analogía con los derechos de sucesion, las definiciones jurídicas de la *universitas* y de la *successio per universitatem* (*e*); en realidad, no hay aquí más que una designacion y una determinacion indirecta de las cosas particulares sobre que debe versar el derecho de prenda.

En los diferentes Estados que en general son regidos por el derecho romano, existen respecto al derecho de prenda numerosas desviaciones de los principios que acabo de sentar. Estas desviaciones atañen á la extension del derecho de prenda tácito, y las leyes de estos Estados reconocen número mayor ó menor de obligaciones garantizadas por una prenda ficticia.

Supongamos, ahora, dos Estados regidos por el derecho romano: uno de ellos reconoce la regla de este derecho que garantiza con un derecho de prenda sobre todos los bienes la promesa de constituir una dote (*f*); el segundo ha dero-

---

(*d*) L. 3, in quib. caus. (XX. 2)... *tacitam conventionem* de invectis illatis...» L. 4, pr., eod. «...*quasi id tacite convenerit*...» L. 6, eod: «...tacite solet *conventum accipi*, ut perinde teneantur invecta et illata, *ac si specialiter convenisset*...» L. 7, pr., eod.: «...*tacite intelliguntur* pignori esse... etiamsi nominatim id non convenerit.» Los términos usados por los autores modernos, derecho de prenda legal (*pignus legale*) oscurece la verdadera naturaleza de la institucion.

(*e*) Sobre esta nocion de derecho, V. t. II, § 105.

(*f*) L. un. § 1, C., de rei ux. act. (V, 13).

gado esta regla. Supongamos que dos súbditos del primer Estado otorguen convenciones dotales y que el deudor posea un inmueble en el segundo Estado, se pregunta si el derecho de prenda tácita se extenderá á este inmueble. Podría pretenderse contestar negativamente por virtud de la aplicacion de la *lex rei sitæ*, pero este sería un error. En efecto, el segundo Estado admite la posibilidad de una prenda constituida por un simple contrato, y áun por contrato tácito: la cuestion de saber si en cada caso existe un contrato semejante es, pues, una cuestion de hecho que no puede decidirse sino por el derecho local bajo cuyo imperio se ha verificado el acto jurídico (*g*). Pero este derecho local admite, en virtud de una ficcion, que el acreedor de la dote tiene un derecho de prenda expreso sobre todos los bienes del deudor, entre los cuales se comprende el inmueble situado en país extranjero; por consiguiente, este inmueble se halla sometido al derecho de prenda (*h*). Si las convenciones dotales se verificasen en el segundo Estado entre dos habitantes del mismo, el derecho de prenda no alcanzaría al inmueble ni á ninguna otra clase de bienes del deudor.

Una diferencia mucho mayor existe entre los Estados alemanes que admiten el derecho de prenda de los romanos y los que han dado á este derecho una base enteramente nueva. Tomo como tipo de estos últimos, la Prusia, cuya legislacion nos ofrece en esta materia los más completos desenvolvimientos. Varias disposiciones de la legislacion prusiana se encuentran tambien en otros países y no sería difícil aplicarles las reglas sentadas.

El derecho prusiano no admite que un simple contrato pueda constituir un derecho de prenda como derecho real. Establece además una distincion entre los inmuebles y los muebles. Respecto á los primeros, el derecho real solamen-

---

(*g*) Hablaré en el § 374, D. de la manera de determinar la naturaleza de este derecho local.

(*h*) Meier, p. 39, 41, y Meiszner, von Stillschweigedem, Pfaudrecht, § 23, 24, adoptan la misma decision; mas por un motivo que no creo fundado. Segun ellos, el derecho del domicilio, como tal, debe decidir de igual manera que cuando se trata de una cuestion de sucesion; porque el conjunto ideal de los bienes, la *universitas*, es el objeto del derecho de prenda.

te resulta de una inscripcion en los registros de hipoteca *(i)*. Un contrato sobre la inscripcion de un inmueble determinado, es un título para requerir á esta inscripcion. Un contrato que constituyá en general un derecho de prenda sobre el conjunto de un patrimonio, no confiere el derecho de obtener esta inscripcion sobre los bienes individuales que lo componen *(k)*. Respecto á los muebles el derecho real de prenda resulta solamente de su tradicion *(l)*; un contrato que constituya en prenda determinados muebles, es un título para obtener dicha tradicion *(m)*.

Así, cuando se verifica un contrato de prenda expreso ó tácito en un país regido por el derecho romano, los bienes del deudor situados en Prusia no forman parte de la prenda. Este contrato puede servir á lo más de título para obtener la garantía de estos bienes, por medio de la inscripcion en los registros de hipotecas ó por medio de la tradicion, todo lo cual se verifica sin las condiciones especiales que acabo de exponer (notas *k*, *m*). Por el contrario, si se verifica en Prusia un contrato de prenda relativo á cosas determinadas ó al conjunto de un patrimonio y el deudor tiene bienes en un país regido por el derecho romano, no hay obstáculo alguno para que estos bienes se consideren válidamente obligados puesto que el derecho romano no subordina la validez de la prenda al lugar donde el contrato se otorga, ni al domicilio del deudor. Así, pues, la *lex rei sitæ* puede y debe recibir su aplicacion *(n)*.

Sólo nos resta un caso que examinar. Cuando en un país regido por el derecho romano se constituye un mueble en-

---

(*i*) A. L. R. I, 20, § 411, 412.
(*k*) Id. § 402, 403.
(*l*) Id. § 411.
(*m*) Id. § 109 110. Un contrato de prenda general no produce el mismo derecho que los casos especiales en que puede exigirse una caucion. Id. § 112.
(*n*) De la aplicacion literal de la A. L. R., Einl. § 28 resultaría que un berlinés en Stracsund (donde está en vigor el derecho romano) no podría obligar por simple contrato sus bienes muebles de una manera válida en esta última poblacion (§ 366, *h*). Lo absurdo de esta doctrina resalta teniendo en cuenta la suposicion inversa: un habitante de Stracsund podría obligar por simple contrato sus bienes muebles en Berlin, y este contrato sería válido en esta última capital. Difícilmente se encontrará quien apruebe esta decision: y sin embargo, es una consecuencia de la aplicacion literal del § 28.

prenda por el contrato expreso ó tácito y más tarde es trasladado á Prusia, ¿continúa subsistiendo el derecho de prenda, de manera que dicho mueble pueda ser reclamado en justicia contra todo poseedor, ya sea este el deudor mismo ó un tercero, y que pueda ser enajenado por el acreedor si éste llega á ser poseedor por una circunstancia accidental y sin tradicion? Podría pretenderse contestar afirmativamente, pues, al parecer, una vez adquirido el derecho, no puede ser modificado por el cambio de lugar de la cosa.

Creo, sin embargo, que debe contestarse de una manera negativa. En efecto, no se trata aquí de un solo y único derecho de prenda que se adquiere de diferente modo segun los países, tal como sería la propiedad que en todas partes es reconocida, haya sido adquirida por simple contrato ó por tradicion. El derecho de prenda constituido por simple contrato y el que sólo puede serlo por tradicion, son dos instituciones enteramente diversas; sólo tienen de comun el nombre y la generalidad de su objeto. Así, pues, cuando el inmueble de que se trata ha sido trasladado á Prusia y el acreedor pretende ejercitar un derecho de prenda constituido en país extranjero por simple contrato, invoca una institucion que no reconoce el derecho prusiano, lo cual en principio es inadmisible como anteriormente se ha visto (*o*). Por el contrario, el acreedor que ha recibido en Prusia un mueble á título de prenda puede hacer valer su derecho en un país regido por el derecho romano, puesto que reune todas las condiciones exigidas en este país para la validez de la prenda.

La categoría en que deben colocarse los diversos acreedores que tienen un derecho de prenda sobre la misma cosa se regula segun la *lex rei sitæ*. Este caso puede presentarse principalmete en una quiebra; volveré sobre este asunto más adelante (§374).

(*o*) V. más arriba § 349, B. Se sostiene la misma opinion en los Erganzungen Zun. A. L. R. Von, Gröff, etc. t. I, p. 116. Se encuentra tambien en Wächter, II, p. 386, 388, 389, con relacion al derecho de Wütember, el cual concuerda en este punto con el derecho prusiano. Wächter aduce como motivo que el derecho de prenda sobre los muebles, en su orígen y duracion sólo es reconocido bajo la forma de su nulidad. Este motivo es en el fondo el mismo que el que he expuesto por mi parte; únicamente difiere la expresion.

5) Lo dicho sobre los derechos reales establecido por el derecho romano ó modificados por las legislaciones modernas se aplica igualmente á los derechos germánicos puros. Los feudos y las sustituciones se refieren siempre á inmuebles determinados y por consiguiente se regulan segun el derecho del lugar en que están situados estos inmuebles.

En el curso de esta indagacion he tratado en el lugar que le corresponde (§ 344, *e*) de la cuestion de saber la influencia que respecto al derecho aplicable ejerce la variacion de lugar de una cosa mueble que constituye el objeto de un derecho real.

La posesion no pertenece á la categoría de los derechos reales: sin embargo, la cuestion de saber el derecho local que le es aplicable, se coloca aquí más convenientemente que en ningun otro lugar. Siendo la posesion por su naturaleza una relacion puramente de hecho (*p*), está necesariamente sometida al derecho del lugar en que se encuentre situada la cosa, ya sea mueble ó ya inmueble. Así, pues, es evidente que segun este derecho se juzga la cuestion de la adquisicion de la pérdida de la posesion, cualquiera que sea el fin propuesto con dicha cuestion, y cualquiera que sea su resultado. A la posesion se refieren dos consecuencias jurídicas: la usucapion y los interdictos posesorios. La primera no tiene una naturaleza independiente; se confunde con la propiedad, y como ella pertenece á la *lex rei sitæ* (§ 367, núm. 5). Los interdictos posesorios, como segunda consecuencia de la posesion, pertenece á las *obligationes ex delicto* (*q*), y por consiguiente, se juzgan segun el derecho del tribunal llamado á conocer del litigio (*r*). Pero esta regla tiene ménos importancia de la que pudiera creerse á primera vista. En efecto, se refiere solamente al elemento de delito contenido en las acciones posesorias, es decir, á su aspecto penal, que es precisamente uno de sus caracteres jurídicos ménos esenciales. En cuanto al elemento princi-

(*p*) Savigny, Recht des Besitzes, § 5.
(*q*) Id., id., § 6, 37.
(*r*) V. § 374, C. Este puede ser evidentemente el *forum rei sitæ*, el cual es siempre competente para las acciones posesorias; L. un C. ubi de poss. (III, 16), Nov. 69, C 1. Pero puede ser tambien el *forum domicilii* en el caso en que difiera del *rei sitæ*, puesto que hay libertad para elegir entre uno y otro (§ 371, notas *n* y *p*).

pal de estos interdictos ó sea la existencia y reconocimiento de la posesion debe el juez decidirla, como ántes decía, segun la *lex rei sitæ*.

§ CCCLXIX.—*Derecho de obligaciones.—Introduccion.*

Las obligaciones, de igual manera que los derechos reales, hacen salir al indivíduo de su personalidad abstracta, y le obligan á entrar en el dominio del derecho local que rige la relacion de derecho (§ 345, 360, 366). En este punto se ofrece tambien la cuestion de saber cuál es el verdadero asiento de la obligacion, el recinto donde está localizada en el espacio, porque una vez determinado este asiento, este lugar, sabremos cuál es la jurisdiccion especial llamada á conocer de ella y el derecho local á que se encuentra sometida.

La respuesta á esta cuestion suscita mayores dudas y dificultades respecto á las obligaciones que respecto á cualquiera otra materia; y hé aquí la razon.

Desde luego, la obligacion tiene un objeto de una naturaleza invisible si se la compara con el derecho real que versa sobre un objeto material accesible á nuestros sentidos. Debemos, pues, comenzar por dar cuerpo á este elemento invisible de la obligacion.

Además es de esencia de la obligacion el referirse á dos personas diferentes: para la una constituye una extension de la libertad, el imperio sobre una voluntad extraña; para la otra, una restriccion de la libertad, la sumision á una voluntad extraña (*a*). ¿Segun cuál de estas relaciones extrechamente ligadas, aunque diferentes, debemos determinar el asiento de la obligacion? Evidentemente sobre la última, porque la necesidad de un acto impuesto á la persona del deudor constituye la esencia de la obligacion. Este principio encuentra una doble confirmacion, primeramente en la gran influencia que el lugar de la ejecucion ejerce sobre la jurisdiccion, pues esta resulta principalmente de la actividad del deudor y el deudor no obra ó no representa más que un papel accesorio é inferior; en segundo lugar, en la relacion íntima existente entre el derecho local y la juris-

(*a*) V. t. I, § 56.

diccion siempre subordinada á la persona del demandado, que es en este caso el deudor.

Por último, las obligaciones synalagmáticas presentan aquí una dificultad particular, pues ambas personas figuran en ella como deudores, aunque con relacion á actos diferentes, por lo que la regla que acabamos de sentar sobre el predominio de la persona del deudor parece insuficiente. Pero en toda obligacion synalagmática son distintas las deudas y pueden ser separadamente tratadas; luego una vez fijada esta division nada nos impide determinar para cada una de estas deudas la jurisdiccion y el derecho local, segun la persona del deudor. Esta distincion de las deudas es tambien el punto de vista primitivo y natural; su reunion no es más que una deduccion artificial, justificada por el enlace íntimo de dos obligaciones. La verdad de esta doctrina se encuentra confirmada por las costumbres de los Romanos que frecuentemente formaban un contrato de venta, etc., por medio de dos estipulaciones distintas (*b*).

Con motivo de las obligaciones volvemos á encontrar la relacion que existe entre la jurisdiccion y el derecho. Esta relacion, señalada ya anteriormente (§ 360, núm. 1), nos ofrece aquí resultados más fecundos é importantes que en otras materias, porque la jurisdiccion especial llamada á conocer de la obligacion es un asunto que el derecho romano ha desenvuelto cuidadosamente, miéntras que casi no hace mencion alguna del derecho local. Sin embargo, los motivos decisivos para la jurisdiccion lo son igualmente para el derecho local, puesto que uno y otro descansan igualmente en la sumision á dos diferentes ramas de los poderes públicos locales. Así, pues, segun las decisiones del derecho romano sobre la jurisdiccion competente para conocer de las obligaciones, podemos determinar con certidumbre cuál es el derecho local aplicable en esta materia.

La jurisdiccion especial, de igual manera que el derecho

(*b*) Hay que reconocer que en muchos casos esta distincion de las dos partes de la obligácion synalagmática, principalmente en lo que toca al derecho local, puede suscitar dudas y traer complicaciones. Pero el principio no deja por eso de ser verdadero; se encuentra admitido tambien por otros autores para varios casos de aplicacion. V. Wächter, II, p. 45.

local de las obligaciones, descansa en una sumision voluntaria (§ 360, núm. 2), que en la mayor parte de los casos no se expresa formalmente sino que resulta de las circunstancias, y por consiguiente puede ser excluida por una declaracion contraria expresa (*c*). Así, las circunstancias en virtud de las cuales se verifica el nacimiento de una obligacion puede determinar una esperanza precisa y fundada respecto á la jurisdiccion, la esperanza no debe ser defraudada. Tal es el punto de vista bajo el cual debemos considerar la jurisdiccion y el derecho local de las obligaciones.

La sumision voluntaria motiva igualmente la jurisdiccion prorogada, lo cual le da cierta analogía con la jurisdiccion de la obligacion: sin embargo, esta es de una naturaleza más objetiva; pues frecuentemente sólo se consiente en vista de un tribunal determinado, y áun en vista de los Magistrados que lo componen. Considerar la jurisdiccion de la obligacion como una pura aplicacion de la jurisdiccion prorogada, como una especie del mismo género, es una teoría completamente infundada (*d*). El interés propio de esta cuestion consiste en la circunstancia de que en derecho romano no existe acuerdo sobre si la próroga es rigurosamente obligatoria. (*e*). En cuanto á la jurisdiccion de la obligacion es ciertamente obligatoria para el demandado, pero no para el demandante, el cual puede elegir entre esta jurisdiccion especial y el *forum domicilii* del demandado (*f*).

(*c*) L. 19, § 2, de jud. (V, 1): «...nisi alio loci, ut defenderet, convenit...»

(*d*) Bethmann-Holweg, Versuche, p. 20, 27, 50 y Linde, Abhandlungen, t. II, p. 75 y sig. profesan diversas opiniones sobre esta cuestion. Pero se equivoca evidentemente este último al rechazar respecto á las obligaciones no sólo la frase de jurisdiccion prorogada, sino tambien la de sumision voluntaria, como motivo de esta jurisdiccion. Los principales textos sobre la jurisdiccion prorogada son: L. 1; L. 2, pr., § 1, de jud. (V, I); L. 15, de jurisdict. (II, 1); L. 1, C. de jurisdict. (III, 13).

(*e*) Segun la L. 29, C., de pact. (II, 3); parece rigurosamente obligatoria y revocable, segun la L. 18, de jurisdict. (II. 1). Este último texto supone un *nudum pactum*, de manera que la estipulacion era obligatoria y no revocable, como el *Pactum adjectum* unido á una *b. f. contractus*. (Caton, de re rest. 149). V. tambien Holweg, Versuche, p. 12.

(*f*) V. § 371. Así, pues, evidentemente, la jurisdiccion especial establecida en materia de obligaciones no tiene por objeto favorecer al demandado (como pretende Linde, Erchiv, VII, p. 67), sino al demandante. Facilita á este último la prueba y la ejecucion, algunas veces tam-

§ CCCLXX.—*Derecho de obligaciones.—Jurisdiccion de la obligacion.*

Autores:

Linde, Archiv. für civilistische Praxis, vol. VII, p. 59-79 (1824).

Abhandlungen, vol. II, p. 75-121 (1829).

Bethmann Hollweg, Versuche, Num. I, p. 1-77 (1827).

Mühlembruch, Archiv. vol XIX, p. 337-384 (1836).

Albrech, Programmüber das Motiv des forum contracus. Würzbourg, 1845.

Hemos formulado más arriba (§ 369) tres cuestiones, entre las cuales existe una íntima correlacion: ¿cuál es el lugar donde radica el asiento de una obligacion? ¿Cuál es la jurisdiccion especial llamada á decidir de ella? ¿Dónde debemos buscar el derecho local que le es aplicable? La primera de estas tres cuestiones es de una naturaleza teórica, y sirve únicamente de base á la solucion de las otras dos: por esta causa debe ser tratada al mismo tiempo que la segunda. Esta última, la relativa á la jurisdiccion de la obligacion, ha dado lugar en derecho romano á numerosas decisiones prácticas muy circunstanciadas; entre los autores modernos, la divergencia de opiniones versa más bien sobre el contenido de las reglas que sobre su clasificacion y sus motivos, es decir, que tienen un carácter más teórico que práctico.

La jurisdiccion especial de la obligacion (la cual coincide con el verdadero asiento de ésta), descansa en la libre sumision de las partes, sumision que resulta con la mayor frecuencia de una declaracion de voluntad no expresa, sino tácita, y que, por tanto, es excluida siempre por la expresion de una voluntad contraria (§ 369). Debemos, pues, indagar dónde esperan el resultado las partes, qué lugar consideran como asiento de la obligacion, y en este lugar debemos colocar la jurisdiccion especial de la misma, jurisdiccion fundada en la libre sumision de las partes. Pero siendo una

---

bien el procedimiento, pues con frecuencia puede reclamar ante el tribunal de su propio domicilio y no exclusivamente ante el del domicilio del demandado.

cosa incorporal la obligacion en sí, es decir, la relacion de derecho, que no ocupa lugar en el espacio, debemos buscar en su natural desenvolvimiento apariencias visibles á que podamos referir la realidad invisible de la obligacion, con el fin de darle cuerpo.

En toda obligacion encontramos dos apariencias visibles que pueden servirnos de guía. Toda obligacion, en efecto, resulta de hechos visibles, toda obligacion se cumple por hechos exteriores; unos y otros se verifican necesariamente en un lugar. Así, pues, para determinar el asiento de la obligacion y la jurisdiccion especial llamada á conocer de ella tenemos que elegir entre el lugar en que la obligacion nace y el lugar en que se cumple, entre su principio y su fin. Considerando el asunto de una manera general, ¿á cuál de estos dos territorios daríamos la preferencia?

No será en modo alguno al primero que es en sí un hecho accidental, fugitivo, extraño tanto á la esencia de la obligacion como á su desenvolvimiento y á su eficacia ulterior. Si bien el lugar en que la obligacion ha nacido tiene á los ojos de las partes una gran importancia, que debía extenderse al porvenir, ésta no resultaría ciertamente del sólo hecho de la realizacion del acto, sino de circunstancias exteriores extrañas á este hecho, las cuales justificasen que la esperanza de las partes se dirigía expresamente hácia este lugar.

No sucede lo mismo con el cumplimiento que se refiere á la esencia de la obligacion. En efecto, consiste esta en hacer cierta y necesaria una cosa ántes incierta y sometida al libre arbitrio individual. Ahora bien, lo que llega á ser necesario y cierto es precisamente el cumplimiento de la obligacion; sobre este punto se concentra la esperanza de las partes: por tanto, es esencial para la obligacion que el lugar del cumplimiento se considere como asiento de la misma y que en este lugar se coloque la jurisdiccion especial de ella en virtud de la sumision libre. Pero ántes de entrar en los detalles de esta teoría, es conveniente dirigir una ojeada sobre las opiniones adoptadas generalmente en esta materia por los autores modernos.

La mayor parte acostumbran colocar la jurisdiccion especial de la obligacion en el lugar en que ha nacido. Ahora bien, como frecuentemente resultan las obligaciones de los

contratos, el lugar donde se ha verificado éste determina la jurisdiccion; de este modo se explica la denominacion técnica generalmente adoptada, pero de ningun modo justificada por las fuentes, de *forum contractus* dada á la jurisdiccion especial de la obligacion. Esta doctrina encuentra una apariencia de fundamento en ciertos textos del derecho romano, donde una interpretacion superficial ha desconocido la verdadera relacion de la excepcion á la regla, y tomado como punto central disposiciones secundarias. Los errores prácticos á que este principio podía conducir han sido eludidos por numerosas excepciones; pero que en gran parte destruyen el principio mismo, y no le dejan más que una apariencia de realidad (*a*). Segun lo que anteriormente he dicho, esta doctrina ha de ser rechazada en su conjunto, porque le falta una base sólida que sólo puede proporcionar la esencia misma de la obligacion. Por lo demás, el elemento verdadero que contiene será desenvuelto en el curso de esta discusion y apreciado como debe serlo.

Autores contemporáneos han abandonado, por el contrario, esta doctrina y han tratado de fijar la jurisdiccion de la obligacion en el lugar de su cumplimiento. Por mi parte me he declarado partidario de este principio. Sin embargo, la legitimidad de sus consecuencias depende de la manera de determinar el lugar de dicho cumplimiento. Es verdad que esta determinacion puede resultar de la voluntad expresa de las partes, en cuyo caso nadie pone en duda que la jurisdiccion de la obligacion reside en el lugar que las partes han designado; pero este caso se presenta muy rara vez. Debemos, pues, indagar cómo debe determinarse en ausencia de una designacion expresa el lugar del cumplimiento, y, por consiguiente, la jurisdiccion especial de la obligacion.

La teoría adoptada sobre este punto por varios autores

(*a*) V. t. I, prólogo, p. 17. Estos textos son: L. 3, de reb. anct. jud. (XLII, 5); L. 21, de O. et. A. (XLIV, 7), y principalmente la L. 19, § 2, de jud. (V, 1), que á primera vista parece presentar la regla y la excepcion una al lado de otra, y de este modo lo entienden los autores modernos. Pero en realidad esta ley comienza por establecer una proposicion general en apariencia, despues añade restricciones que conducen al lector á sacar por sí mismo, por vía de abstraccion, la regla general, no expresada directamente por dicha ley. Este método es el de los jurisconsultos antiguos.

consiste en la siguiente fórmula: en ausencia de una voluntad expresa de las partes la ley decide. Así, pues, hay siempre para cada obligacion un lugar de cumplimiento rigurosamente determinado, ya por la voluntad de las partes, ya por la prescripcion de la ley. En uno y en otro caso la jurisdiccion especial de la obligacion se encuentra determinada implícitamente.

Esta teoría me parece que debe ser completamente rechazada; pero no he de combatirla hasta despues de haber expuesto otra que pueda resumirse en los términos siguientes:

El lugar del cumplimiento está siempre determinado por la voluntad directa de las partes; voluntad que puede ser expresa ó tácita: en ambos casos determina la jurisdiccion especial de la obligacion, de modo que esta jurisdiccion resulta siempre de la sumision libre (§ 369) (*b*).

Difiere esta teoría de la anterior en que para determinar la jurisdiccion sustituye á las prescripciones de la ley el acuerdo tácito de las partes.

Paso á sus desenvolvimientos.

I. El primer caso de que vamos á ocuparnos es aquel en que, por una circunstancia accidental, han designado expresamente las partes el lugar del cumplimiento; por ejemplo, cuando en un contrato relativo al pago de una suma de dinero se designa la ciudad en que debe efectuarse dicho pago. En semejante caso la jurisdiccion especial de la obligacion sólo puede colocarse en esta ciudad; las fuentes del derecho lo expresan tan claramente y bajo tan diferentes formas (*c*), que nunca se ha suscitado duda alguna á este respecto (*d*).

(*b*) Albrecht, p. 13-27 está en el fondo de acuerdo conmigo, y su exposicion me parece arreglada á los verdaderos principios. Sin embargo, un poco más adelante (p. 28-35) incurre en la falsa doctrina de que he hablado, que volveré á tratar más adelante (nota *aa*).

(*c*) L. 19, § 4, de jud. (V, 1); L. 1, 2, 3, de reb. auct. jud. (XLII, 5): L. 21, de O. et A. (XLIV, 7) «contraxisse:.. in eo loco inteligitur,» C. 17, X, de foro comp. (III, 2). Citaré tambien en la L. 1, de eo quod certo loco (XIII, 4). En efecto, al declarar este texto que la accion no puede ejercitarse propiamente (es decir, independientemente de la *actio arbitraria*) más que en el lugar en que se ha convenido la ejecucion, establece ciertamente como regla que en este lugar es admisible la accion,

(*d*) Varios autores han oscurecido este verdadero punto de vista.

Pero sería encerrar este caso en límites demasiado estrechos si se le admitiera exclusivamente bajo la forma del anterior ejemplo. Para exclarecer este asunto, necesario es señalar la natural diferencia que existe entre los actos susceptibles de convertirse en materia de una obligacion. Varios de estos actos, y áun el mayor número, son susceptibles por su naturaleza de cumplirse en cualquier lugar: tales son las prestaciones personales, los trabajos que deben ejecutarse sobre una cosa mueble, la tradicion de la posesion de una cosa de igual naturaleza y, principalmente, el pago del dinero efectivo. Para todos estos actos el lugar de su cumplimiento sólo puede ser determinado en la forma del citado ejemplo, es decir, por la designacion del lugar en que deben efectuarse.

Otros, por el contrario, están por su naturaleza tan estrechamente ligados á un determinado lugar, que no pueden separarse de él; tales son los trabajos que hayan de ejecutarse en un inmueble determinado, la construccion ó la reparacion de un edificio, el arrendamiento ó la venta de una casa ó un dominio rural. En efecto, toda venta obliga al vendedor á entregar la cosa vendida *(e)* y la entrega de un inmueble no es concebible sino en el lugar en que se encuentra situado *(f)*. Sería, pues, una formalidad ociosa é inútil prometer en un contrato de venta que la entrega de la casa vendida se hubiese de efectuar en la ciudad donde está situada dicha casa. Así, no hay motivo alguno para subordinar á esta formalidad la aplicacion de nuestro principio, y debemos conceder que el lugar del cumplimiento con todas sus consecuencias se encuentra determinado, no sólo por una determinacion expresa, sino tambien por la naturaleza

---

presentando este caso como *forum solutionis*, y por consiguiente como esencialmente distinto de los demás casos. Otros (por ejemplo Linde, Abhandl., II, p. 112-114. V. Holweg, p. 46), han deducido de esta pretendida diferencia el error práctico de que al lado de esta jurisdiccion existe un segundo *forum contractus* en el lugar en que se ha verificado el contrato. Al lado de esta jurisdiccion especial existe siempre el *forum domicilii* y el demandante puede elegir entre unos y otro (§ 372).

(e) L. 11, § 2, de act. empti (XIX, 1).

(f) La aprehension no es posible sin la presencia del que adquirió la posesion (Savigny, Recht des Besitzes, § 15), miéntras que el antiguo propietario puede estar ausente (id. p. 239).

misma del acto, cuando no hay otro lugar donde pueda verificarse (*g*). Sería tambien inexacto no admitir en semejante caso más que una declaracion tácita de voluntad. Aplicamos efectivamente este nombre á la interpretacion inducida por un acto que tiene un fin distinto de la declaracion de voluntad, interpretacion que puede siempre ser excluida por una declaracion contraria expresa (*h*); pero cuando se vende una casa, es decir, cuando se promete entregarla, la circunstancia particular de que la entrega ha de hacerse en el lugar en que está situada se encuentra directamente contenida en la promesa misma, puesto que dicha entrega es imposible en otro lugar y una declaracion contraria sobre esta circunstancia sería un completo absurdo.

Paso ahora á tratar de los números y diversos casos en que no existe para el cumplimiento de la obligacion lugar rigurosamente determinado. Estos casos se refieren, pues, á actos que por su naturaleza pueden efectuarse en todas partes y que no se refieren necesariamente á un lugar determinado: respecto de todos estos casos debemos indagar el lugar en que debe verificarse el cumplimiento, segun la intencion y la esperanza de las partes; en él debemos colocar el verdadero asiento de la obligacion y la jurisdiccion especial, puesto que la esperanza que de las circunstancias resulta implica una designacion tácita del lugar del cumplimiento, y por lo mismo, la mision voluntaria del demandado á la jurisdiccion de este lugar. Desde el momento en que admitimos un consentimiento y una sumision tácita, la jurisdiccion especial que debe establecerse segun las siguientes consideraciones, puede siempre ser excluida por una declaracion contraria expresa (§ 369, *b*). En ningun lugar se encuentra este principio literalmente escrito en el derecho romano; pero todas las decisiones particulares de los jurisconsultos de dicha nacion se refieren á él naturalmente y sólo á él podrían referirse; además, está íntimamente ligado con la sumision voluntaria que en esta materia es siempre la circunstancia decisiva.

(*g*) Bethmann-Hollweg, p. 47-50 tiene sobre este punto otra opinion distinta de la mia.
(*h*) V, t. II, § 131.

Vamos ahora á volver á los hechos que dan nacimiento á la obligacion y pasaremos revista á las circunstancias exteriores de donde resulta que las partes hayan creido colocar el cumplimiento de la obligacion en el lugar donde ha nacido. Al invocar en esta indagacion las decisiones del derecho romano, nada hay en ello bajo el punto de vista del derecho comun que no sea legítimo y necesario: sin embargo, no debemos olvidar cuál es la naturaleza de estas decisiones. No son prescripciones del derecho positivo, sino indicaciones generales propias para hacernos conocer la intencion verosímil y natural de las partes, indicaciones que no deben impedirnos tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Si, pues, estas circunstancias motivan otra decision será conformarse con el espíritu de estos textos el abandonar la letra. Sin embargo, tendremos rara vez ocasion de poner en práctica esta regla.

II. Para esclarecer completamente el primero de los casos de esta especie, es preciso entrar en algunas consideraciones sobre los diferentes caracteres y sobre las exteriores apariencias que dan nacimiento á las obligaciones. La mayor parte de estas resultan de actos aislados y fugitivos. Así, el más ordinario de todos, el contrato, tiene algunas veces una larga preparacion, pero su realizacion es siempre instantánea y se cumple en un tiempo apénas perceptible. Pero hay otras obligaciones, más raras ciertamente, que resultan de una actividad contínua del deudor, actividad que se sostiene siempre por un tiempo bastante largo y se ejercita en un lugar determinado. Designaremos bajo el nombre general de gestion de negocios esta especie de actividad que en un cierto lapso de tiempo engendra mayor ó menor número de obligaciones particulares. Una ojeada sumaria sobre los principales casos de este género, tales como aparecen mencionadas en las fuentes del derecho, con indicacion de la jurisdiccion competente, pondrá más de relieve este asunto *(i)*.

(i) L. 19, § 1, de jud. (V, 1); L. 36, § 1; L. 45, pr. eod.; L. 4, § 5, de ed. (II, 13); L. 54, § 1, de proc. (III, 3); L. 1, 2, C., ubi de ratiocin. (III, 21). La sumision voluntaria se aduce como motivo á propósito de la *negotiorum gestio* en la L. 36, § 1, de jud. (V, 1): «non debet judicium recusare... cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit.»

Figuran entre estos casos: la tutela de un impúbero y toda clase de curatela, la gestion de los negocios de otro, ora en su conjunto (mandato general), ora restringida á cierta clase, tal como la direccion de una fábrica, de un comercio, etc., ya en virtud de un contrato (mandato ú *opere locatœ*), ya de la sola voluntad del gerente (*negotiorum gestio)* (*k*); por último, la propiedad de una casa de banca ó de comision *(argentaria)*. Por esta enumeracion se ve que la gestion de sus propios negocios ó de los negocios de otro, en virtud de un contrato ó de un cuasi-contrato puede de igual modo motivar esta jurisdiccion. La única condicion esencial es que exista una relacion constante entre la gestion y una localidad determinada (*l*). En la mayor parte de los casos esta jurisdiccion especial es poco notada, porque la gestion coincide con el domicilio; pero pueden diferir tambien y entónces se manifiesta la eficacia de la jurisdiccion (nota *l*) dicha.

Varios autores han pretendido distinguir esta jurisdiccion enteramente especial bajo el nombre de *forum gestœ administrationis* á diferencia de lo que se llama el *forum contractus*. Pero incurren en un error, porque una y otra descansan en el mismo motivo, á saber, en la esperanza de que las obligaciones resultantes de la gestion sean reguladas en la localidad, esperanza que el carácter duradero de esta administracion justifica suficientemente; pues el conjunto de las obligaciones que á la gestion en general se refieren, toman en la que nos ocupa una existencia visible y aparecen como incorporadas á ella. Si, pues, se pretende conservar la expresion técnica de *forum contractus* es preciso aplicarla tambien á este caso. No debe considerarse, sin embargo, como el lugar del nacimiento de la obligacion aquel en que se verifica el contrato de donde resulta la aceptacion de la gestion, ni aquel en que se efectúan los diferentes actos de venta, pagos, etc., que constituyen la res-

---

(*k*) Esta categoría no comprende todas las especies de mandato ó de *negotiorum gestio*, pues esta puede tener por objeto un negocio aislado y pasajero, del cual no se trata aquí.

(*l*) L. 19, § 1, de jud. (V, 1): «Si quis tutelam... vel quid aliud, unde obligatio oritur, *certo loci administravit*, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere.»

ponsabilidad del *negotiorum gestor*. Uno y otro se consideran en esta relacion accidentales; la gestion misma, como unidad persistente, debe ser considerada como la base comun de las diversas obligaciones que engendra (*m*). La voluntad, la esperanza y la sumision libre de las partes se refieren en realidad al asiento permanente de esta gestion.

III. Réstanos hablar de las obligaciones que no tienen un lugar determinado de cumplimiento (núm. I), ó que no resultan de una actividad sostenida en un lugar determinado (núm. II). Deben tener por objeto actos que puedan realizarse en todas partes y por causas actos aislados y fugitivos, pues á no ser así pertenecían á una de las categorías anteriores. Debemos, pues, indagar bajo qué condiciones pueden esperar las partes que el lugar en que nacen las obligaciones debe ser tambien el lugar èn que deban cumplirse, y, por consiguiente, el verdadero asiento de la obligacion.

El primer caso en que se nos presenta este órden de ideas es el de un deudor que contrae una obligacion en su propio domicilio. Por este hecho se somete á la jurisdiccion de este lugar como jurisdiccion especial de la obligacion. A primera vista parece supérfluo y áun contradictorio considerar como cosa nueva, como jurisdiccion especial, la jurisdiccion á que esta persona se somete de una manera general y que en semejante caso bastaría reconocer la aplicacion regular del *forum domicilii*.

Pero la importancia práctica de esta distincion se refiere á la posibilidad de un cambio. Así, cuando este deudor traslada á otra parte su domicilio, cuando llega á morir, el antiguo *forum domicilii* no existe ya como tal, y sólo continúa subsistiendo como jurisdiccion especial de la obligacion; sigue al deudor en su nuevo domicilio, y en caso de muerte obliga al heredero, aunque éste se hallara domiciliado en otra parte (*n*).

(*m*) V. Albrecht, p. 23.

(*n*) L. 19, pr., de jud. (V, 1); L. 2, C., de jurisdict. (III, 13). V. Bethmann-Hollweg, p. 24. Este importante principio se refiere á las cuestiones que en el § 344 me había reservado para discutirlas más tarde. De este modo se explica tambien la L. 45, de jud. (V, 1) relativa al caso siguiente. Una mujer domiciliada en Roma contrata en esta ciudad un

Esta disposicion particular se funda en que al suscribir el deudor la obligacion ha hecho nacer la esperanza de que sometería sus consecuencias á la jurisdiccion del lugar donde lo verifica: esta esperanza no debe ser defraudada, y si el deudor es siempre libre de cambiar de domicilio, no queda por eso ménos obligado á cumplir en su antiguo domicilio las obligaciones que en él ha contraido.

IV. Pero cada cual puede tambien suscribir obligaciones fuera de su domicilio, y las circunstancias pueden autorizar al acreedor á esperar que la obligacion se cumpla en el lugar donde nace.

Esta esperanza es legítima cuando un artesano emprende fuera de su domicilio trabajos de su oficio que deban durar un cierto tiempo, y toma tales disposiciones que deban hacer suponer que entregará sus mercancías en el lugar en que las ha vendido. En semejantes circunstancias se somete para esta obligacion á la jurisdiccion del lugar en que se ha verificado el contrato. Así lo decide expresamente Ulpiano; pero advierte que no es siempre competente la jurisdiccion de este lugar, y cita como ejemplo, un viajero que otorga un contrato al pasar por una ciudad, lo que ciertamente no indica la intencion de someterse á la jurisdiccion de la misma *(o)*.

Por lo demás, la convencion del artesano se presenta aquí como ejemplo y no como condicion exclusíva de la jurisdiccion de la obligacion. Así, cuando un indivíduo otorga un contrato durante su residencia fuera de su domicilio, debe indagarse cuál ha sido, segun la naturaleza del contrato, el verdadero pensamiento de las partes tocante á su ejecucion. Cuando un funcionario ó un diputado de una asam-

---

empréstito; muere despues dejando por heredera á una hija domiciliada en una provincia y en ella son condenados los tutores á nombre de su pupila. No obstante, dice Ulpiano que la *judicati actio* debe ser llevada á Roma, puesto que el difunto ha constituido respecto de dicha obligacion la competencia de la jurisdiccion de Roma.

(*o*) L. 19, § 2, de jud. (V, 1): «...durissimum est, quotquot quis navigans, vel iter faciens, delatus es, tot locis se defendi. At si quo constitit, non dico jure domicilii, sed tabernulam... officinam conduxit, ibique distraxit; egit: defendere se eo loci debebit.» L. 19, § 3, eod. La L. un., C., de nund. (IV, 60), niega el *forum contractus* á aquellos que han hecho como viajeros compras en un mercado público, y no á los que se encuentran en las circunstancias más arriba enumeradas por Ulpiano.

blea legislativa reside por razon de su cargo varios meses en una determinada ciudad y contrae deudas para las necesidades diarias de la vida, no es dudosa la jurisdiccion especial de la obligacion. Debe decirse otro tanto de las deudas contraidas con el mismo objeto durante una permanencia en baños. Si se trata, por el contrario, de negocios comerciales que sólo pueden desenvolverse en el domicilio del bañista, la jurisdiccion de la obligacion no residiría en el lugar del contrato (*p*). Como en semejante materia todo depende de la intencion probable de las partes, una residencia muy corta puede algunas veces establecer la competencia de la jurisdiccion local. Así, un viajero que rehusa pagar su cuenta en la fonda que habita puede ser perseguido ante el tribunal del lugar; pues segun la costumbre generalmente adoptada, el acreedor ha debido contar con el pago inmediato de dicha cuenta. Todo depende, pues, de la relacion que existe entre la naturaleza y duracion de la residencia y el contenido de la obligacion.

Si se comparan las reglas hasta aquí establecidas (números II, III, IV) con la doctrina que he expuesto y condenado más arriba, se notan las siguientes diferencias. Esta doctrina considera el lugar del contrato en sí como fundamento de la jurisdiccion de la obligacion (salvo algunas excepciones); en cuanto á mí, hago derivar la jurisdiccion no del contrato en sí mismo, sino en su relacion con las circunstancias que lo motivan y le preceden (*q*).

V) Por último, réstanos determinar el asiento de la obligacion para los casos en que faltan los signos característicos arriba enumerados, es decir, cuando no existe lugar determinado de cumplimiento (núm. I), y las circunstancias accesorias del contrato no permiten creer que las partes hayan querido colocar la ejecucion de la obligacion en el lugar de su nacimiento (núms. II, III, IV). Aquí se presenta principalmente el caso citado por Ulpiano de un viajero que realiza un contrato en una ciudad donde reside

---

(*p*) Bethmann-Hollweg, p. 24, 25. V. Seuffert, Archiv, t. II, n. 119.

(*q*) Mühlenbruch aprecia rectamente y con buena vista práctica los casos enumerados bajo el núm. IV, pero se engaña en teoría al darles por base un cuasi-domicilio ó domicilio temporal, refiriéndolos de este modo á los casos del núm. III. Esta comparacion es forzada y estéril.

accidentalmente (nota *o*). En ausencia de toda indicacion de un lugar de ejecucion es preciso admitir que el deudor cumplirá su compromiso en su domicilio, donde ha de volver. Así, pues, este caso se juzga precisamente como si el deudor hubiese otorgado el contrato no en viaje, sino en su propio domicilio (núm. III).

Este caso se presenta con la mayor frecuencia bajo la siguiente forma, que exige todavía algunas explicaciones á causa de la naturaleza equívoca del contenido de la obligacion. Cuando el propietario de una fábrica ó de una casa de comercio viaja ó hace viajar á un agente con el fin de recibir encargos y de obligarse en su consecuencia á entregar mercancías, pueden suscitarse dudas sobre la cuestion de saber en qué consiste la obligacion que contrae, y por tanto, dónde debe colocarse el lugar del cumplimiento. En efecto, la entrega es un acto complejo que exige un cierto lapso de tiempo. Las mercancías son expedidas por el vendedor; tardan algun tiempo en el camino y llegan por fin á manos del comprador. Aquí se podría considerar como verdadero contenido de la obligacion la remision de las mercancías, de manera que su recepcion no fuera más que una consecuencia ulterior de la ejecucion ya perfecta, ó la recepcion, de manera que el envío no fuera más que un hecho preparatorio de la ejecucion real. En el primer caso la obligacion se cumpliría en el domicilio del vendedor; en el segundo, en el domicilio del comprador. ¿Cuál de estos dos puntos de vista se halla conforme con los principios generales del derecho? En mi sentir es el primero, segun el cual, constituyendo la remision la ejecucion real, se coloca el cumplimiento de la obligacion en el domicilio del vendedor. Así me parece confirmado por dos prescripciones del derecho romano. Desde luego la pérdida de la cosa por caso fortuito es de cuenta del comprador desde el momento en que se ha concluido la venta, es decir, ántes de que la propiedad haya sido adquirida por tradicion (*r*). Además, por regla general, cuando ha sido prometida la entrega de una cosa mueble esta entrega sólo puede ser exigida en el lugar en que se encuentra la cosa (*s*). Este principio ha sido reconocido por el de-

---

(*r*) § 3, J. de empt. (III, 23).
(*s*) L. 12, § 1, depos. (XVI, 3). Este principio será desenvuelto más

recho prusiano de una manera todavía ménos dudosa, pues no sólo pone la expedicion de la cosa bajo el riesgo del comprador, sino que le transfiere la propiedad, supuesto que haya convenido en el modo de la expedicion ó que la haya aprobado por su silencio (*t*).

Creo que debe colocarse en la misma categoría el caso de la L. 65 de judiciis (V, 1), aquel en que un futuro esposo verificaba fuera de su domicilio, por ejemplo, en el domicilio de la novia ó de su padre un contrato escrito relativo á la dote. La accion en restitucion de la dote, dice Ulpiano, se ejercitará, no en el lugar en que se ha verificado el contrato dotal, sino en el domicilio del marido. En él, en efecto, se halla el asiento del matrimonio; allí reside la dote y ha debido esperarse que en él se verificaría su restitucion.

Para que pueda comprenderse mejor el conjunto de esta materia resumiré brevemente las reglas que acabo de desenvolver sobre la jurisdiccion especial de la obligacion. Hé aquí dónde reside dicha jurisdiccion en los casos siguientes:

1) En el lugar en que debe cumplirse la obligacion segun la voluntad especial de las partes, ya esta voluntad resulte de una declaracion expresa, ya de la naturaleza de los actos que acompañen á la obligacion, de los cuales se desprende que no pueda cumplirse en otra parte.

2) En ausencia de un lugar fijado para la ejecucion la jurisdiccion puede resultar de que la obligacion tome nacimiento en un lugar donde el deudor tenga el asiento de sus negocios.

3) La jurisdiccion se halla además determinada por el lugar en que la accion toma nacimiento, cuando este lugar coincide con el domicilio del deudor.

4) Independientemente del domicilio del deudor, el lugar donde la obligacion nace determina la jurisdiccion, cuando, segun las circunstancias, este lugar sea aquel en que las partes debieron esperar que se cumpliese la obligacion.

5) En ausencia de todas las precedentes condiciones, la jurisdiccion de la obligacion es la del domicilio del deudor.

---

adelante. Haciendo aplicacion de él decide Thöl Handelsrecht, § 78, notas 5, 6, que la entrega de una mercancía debe hacerse ordinariamente en el lugar en que tiene su almacen el vendedor.

(*t*) A. L. R. I. 11, § 128, 133.

Aunque estos diferentes casos parecen constituir otras tantas diversas especies sin lazo alguno que las una, pueden, sin embargo, referirse á un principio comun. En toda circunstancia, el lugar del cumplimiento determina la jurisdiccion especial, ya se encuentre fijada por la voluntad expresa (núm. I), ya por esperanza tácita de las partes (número II, V); y siempre debemos admitir que el demandante se ha sometido voluntariamente á esta jurisdiccion en tanto que no exista una declaracion contraria expresa.

Al comenzar la exposicion de mi teoría, he indicado otra semejante en parte sobre la cual vuelvo ahora para hacer su exámen y su crítica. Esta otra teoría, llevada á sus últimas consecuencias, puede resumirse del siguiente modo. Para cada obligacion existe un lugar determinado en que debe ejecutarse. Puede fijarse este lugar por la voluntad de las partes; en defecto de esta fijacion lo designa la ley: en uno y en ambos casos, la jurisdiccion de la obligacion reside en el lugar en que la obligacion deba cumplirse.

Toda esta teoría descansa en la afirmacion de que existe para cada obligacion un lugar legal de cumplimiento. Comencemos, pues, por apreciar el valor de esta afirmacion. Podría concebirse que, segun una disposicion de la ley, toda obligacion debiera cumplirse en el lugar en que ha tomado su nacimiento; el *forum contractus* se encontraría establecido en el sentido literal de que el lugar del contrato se designase siempre como lugar de la ejecucion *(u)*, y tendríamos entónces un sistema con estrecha relacion en todas sus partes. Pero no existe sobre el lugar legal del cumplimiento esta regla ni otra alguna semejante. La verdadera regla, por el contrario, es que en ausencia de un lugar de ejecucion fijado por el contrato, el deudor debe ejecutar la obligacion allí donde se le halla asignado *(ubi petitur)* *(v)*, de manera que depende del demandante la eleccion del lugar en que exige la ejecucion, suponiendo, natu-

---

(u) Así es como Linde (Archiv, p. 61, 63, 75) lo admitía antiguamente. Despues dudó de este principio (Abhanlungen, II, p. 111). Hemos de ver pronto que lo mantiene en parte, sin embargo.

(v) L. 1, de ann. leg. (XXXIII; L. 38, de jud. (V, 1); L. 47, § 1, de leg. 1 (XXX, un); L. 4, de cond. trit. (XIII, 3); L. 22, de reb. cred. (XII, 1).

ralmente que encuentra en él una jurisdiccion á la cual el demandado esté obligado á someterse. Así, mientras que segun esta teoría el lugar legal del cumplimiento determina la jurisdiccion, en la realidad, por el contrario, el lugar legal del cumplimiento está determinado por la jurisdiccion competente que le plazca elegir al acreedor. Ahora bien; en derecho romano cualquier deudor era justiciable por el *forum originis* y el *forum domicilii*, que podían ser muy diferentes uno de otro; podía tambien ser ciudadano de varias poblaciones y tener en varias ciudades un verdadero domicilio. El demandante era, pues, libre de elegir de entre estos diversos lugares aquel en que quería intentar su accion y el lugar donde lo intentase era el legal del cumplimiento. Se ve que esta teoría invierte la relacion real de las cosas; pues segun los verdaderos principios del derecho romano, el lugar del cumplimiento no determina la jurisdiccion, sino que, por el contrario, esta es una consecuencia de aquel.

Si esta regla del derecho romano fuera única y absoluta, no hubiera podido cometerse una inversion tan evidente y el error que acabo de señalar hubiera encontrado pocos partidarios; pero existe en derecho romano una restriccion á la regla, y esta restriccion ha sido la causa del error. Hé aquí ahora el estado real del asunto en su unidad verdadera.

Evidentemente cada acreedor puede exigir una prestacion en todas partes donde encuentre una jurisdiccion á que el deudor se halle sometido. Pero cuando se trata de una cosa mueble determinada, de una *certa species*, se concede al deudor la facultad de poder librarse entregando la cosa en el lugar en que accidentalmente se encuentra, es decir, que no está obligado á trasportarla á su costa y bajo sus riesgos y peligros al lugar en que se ha intentado la accion. Pierde únicamente este privilegio cuando el hecho de encontrarse léjos la cosa no es efecto de un caso fortuito sino de una maniobra fraudulenta. Además, esta facultad no existe para toda clase de deudas sino solamente para las acciones resultantes de los contratos *bonæ fidei (w)* ó para la entrega

(*w*) L. 12, § 1. depos. (XVI, 3).

de un legado *(x)*; así es que no se aplica á las *condictiones* fundadas en una estipulacion *(y)*. Por otra parte, esta regla se aplica tambien á las *in rem actiones*, principalmente á la accion de propiedad y á la *ad exhibendum* que son ambas arbitrarias *(z)*.

Si se considera esta prescripcion excepcional de la manera que acabo de describirla, como un simple favor al deudor concedido, segun motivos de equidad, se ve que nada tiene de comun con el lugar del cumplimiento, ni con la jurisdiccion que debería ser su consecuencia, puesto que son prescripciones á las que el deudor no puede sustraerse. La verdad de esta interpretacion resalta con evidencia del solo hecho de que el dolo del deudor excluye la regla excepcional, exclusion que no tendría sentido si esta regla excepcional no fuera un favor concedido al deudor. En su virtud, los partidarios de la doctrina que combato, se engañan cuando ven en esta regla un lugar legal de cumplimiento, pretendiendo de este modo establecer una jurisdiccion especial de la obligacion en el lugar en que la cosa mueble se encuentre por caso fortuito *(aa)*. Por último, esta última consecuencia, y este es el punto esencial, debe ser absolutamente rechazada por el único motivo de que constituiría para las acciones

---

(x) L. 38, de jud. (V, 1); L. 47, pr., § 1, de leg. (XXX, un). Puede causar extrañeza encontrar la accion personal en reclamacion del legado asimilada á las *bonæ fidei actiones*, cuando esta accion era una *condictio* (V. t. IV, p. 339). Probablemente los textos originales hablaban solamente del *sinendi modo legatum*, legado que gozaba de este favor, y que bajo otras relaciones fué asimilado por Juliano á los fideicomisos y tratado con mucha más libertad (Gayo, II, § 280). Por lo demás, esta dificultad se encuentra fuera de la cuestion que nos ocupa.

(y) L. 137, § 4, de V. O. (XLV, 1): «...ut sic non multum referre videantur *Ephesi daturum se*, an (quod Ephesi sit, cum ipse Romæ sit *dare* spondeat...»

(z) L. 10, 11, 12, de rei vind. (VI, 1); L. 38, in f. de jud. (V, 1); L. 11, § 1, ad exhib. (X, 4).

(aa) Linde, Abhandlungen, II, § 118; Albrecht, p. 29, 32. Este último concede equivocadamente importancia á los términos «ubi *dari debet*, ubi est.» de la L. 38, (V, 1). Segun el conjunto del texto, dichas frases significan: «no está obligado á entregar más que en este lugar,» como lo prueban las excepciones que vienen despues; así, no debe soportar los gastos de trasporte: «nisi dolo malo heredis subductum fuerit, tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. Por esto vemos tambien en la L. 38, de jud. (V, 1): «per in rem actionem... ibi *peti debet*. ubi res est.» Y sin embargo, el demandante tiene siempre la eleccion entre el *forum rei sitæ* y el *forum domicilii*. Bethmann-Hollweg, p. 70.

personales un *forum rei sitæ* que nadie intentará admitir.

Hé aquí todavía un argumento invocado por mis adversarios. En materia de fideicomiso (y debemos entender que se refieren al *fideicommissum hereditatis*), consideraciones de equidad han hecho establecer que el heredero encargado de restiuir no estaba obligado á verificar la restitucion sino en el lugar en que se encuentra la mayor parte de los bienes de la sucesion, lo cual constituye en este lugar una jurisdiccion especial (*bb*). Lo mismo sucede y por idénticos motivos, cuando el heredero gravado con la restitucion es perseguido por un acreedor de la sucesion (*cc*). Se han relacionado estas prescripciones enteramente positivas sobre la jurisdiccion con la regla anteriormente mencionada, respecto á la entrega de las cosas muebles en el lugar en que se encuentran, y de aquí se ha concluido equivocadamente la existencia de una jurisdiccion especial para las cosas muebles (*dd*).

Pero este es un error mucho más grave que el de hacer servir estas prescripciones, arbitrarias por demás, al establecimiento de una regla general de derecho sobre la jurisdiccion de las obligaciones. Estas prescripciones son enteramente aisladas y positivas como lo prueba la indicacion tan poco precisa del *major pars hereditatis*, la cual se compadecería poco con el establecimiento de una regla general de derecho y con el conjunto del desenvolvimiento histórico de las sustituciones que, protegidas por una extraordinaria *cognitio*, han sido sometidas en mayor escala que las obligaciones á la influencia de la legislacian (*ee*).

§ CCCLXXI.—III. *Derecho de obligaciones: Jurisdiccion, la obligacion*. (Continuacion).

Las reglas sobre la jurisdiccion especial de la obligacion, exigen algunos desenvolvimientos y explicaciones de detalle, que van á ocuparme ahora.

(*bb*) L. 50, pr. de jud. (V, 1); L. un., C. ubi, fideicomm. (III, 17).
(*cc*) L. 66, § 4, ad Sc. Treb. (XXXVI, 1).
(*dd*) Albrecht., p. 29.
(*ee*) V. Bethmann-Hollwg, p. 32, 35, p. 48.

Segun una opinion otras veces muy extendida y que sirve tambien de base á la expresion técnica de (*forum contractus*, la jurisdiccion regular reside en el lugar en que se verifica el acto obligatorio, es decir, el hecho que da nacimiento á la obligacion (§ 370). Esta opinion debe ser rechazada, pues la jurisdicion está determinada, no por el acto obligatorio en sí, sino por las circunstancias que lo motivan y le preceden (§ 206). Sin embargo, áun bajo este último punto de vista, el acto obligatorio ejerce siempre una gran influencia sobre la fijacion de la jurisdiccion, y no podemos desconocer el interés que ofrece la siguiente cuestion: ¿cuál es el verdadero lugar de un acto obligatorio? O en otros términos, ¿dónde se verifica realmente el nacimiento de una obligacion? La solucion de esta cuestion suele ser muy difícil; vamos á tratar de resolverla respecto á las tres clases de actos obligatorios más importantes: los contratos, los actos unilaterales lícitos y los delitos.

A) Contratos. La mayor parte de los contratos resultan del concurso personal de dos partes; en este caso el lugar en que concurren dichas partes es al mismo tiempo el del nacimiento de la obligacion. Esto es lo más ordinario, pero puede suceder de otro modo por diversas maneras.

En primer lugar, por una disposicion legislativa con arreglo á la cual pueda la voluntad de las partes subordinar la validez del contrato á la observancia de ciertas formalidades, tales como una redaccion escrita, la intervencion de un notario ó de un tribunal.

El verdadero lugar del contrato, es entónces el del cumplimiento de estas formalidades, pues ántes de este cumplimiento ninguna de las parte estaba obligada (*a*).

Un caso más frecuente y difícil es aquel en que el contrato se verifica, no en persona por las partes, sino por mediacion de un mensajero ó por documentos firmados en diferentes lugares, ó por la correspondencia. Aquí encontramos una gran divergencia de opiniones. Tres cuestiones encierra este caso, por más que la mayor parte de los autores no las hayan distinguido: ¿Dónde se ha verificado el contrato?

(*a*) L. 17. C. de fide instr. (IV, 21). V. Meier, p. 58.

¿Dónde reside la jurisdiccion? ¿Dónde el derecho local? Respecto á la primera cuestion, no dudo en contestar que el lugar del contrato es aquel en que se ha recibido la primera carta, y se ha expedido la respuesta afirmativa, pues en este lugar se ha expresado el acuerdo de voluntades. El que ha escrito la primera carta se supone, pues, haberse trasportado á la residencia de la otra parte y haber obtenido allí su consentimiento *(b)*. Esta doctrina ha sido adoptada por varios autores (*c*); otros, por el contrario, oponen las objeciones siguientes. La respuesta afirmativa, dicen, podía ser retirada ántes de llegar á su destino ó ser anulada por una declaracion contraria; de modo que el contrato no se perfecciona sino en el lugar en que el expedidor de la primera carta recibe la contestacion y conoce el consentimiento de la otra parte (*d*). No podemos admitir que se rechacen los verdaderos principios en vista de un caso tan excepcional. Lo más frecuente es que ambas declaraciones se sucedan sin la menor duda de este género, y si dicha duda viene á manifestarse, sería preciso para decidir la cuestion tener en cuenta una multitud de circunstancias particulares; de modo que en semejante caso la regla enteramente arbitraria que sientan nuestros adversarios no sería suficiente *(e)*.

Pasemos á la segunda cuestion: ¿dónde se coloca la jurisdiccion de la obligacion cuando el contrato se verifica por medio de la correspondencia? Se podría pretender contestar por analogía, en el lugar en que se ha recibido la primera

(*b*) Asi, habiendo mensajero se reputa hecho el contrato en el lugar en que se verifica la adhesion; cuando se trata de un acto firmado por ambas partes, en el lugar donde se firma; cuando se trata de una letra de cambio, en el lugar donde es aceptada ó endosada.

(*c*) Hommel, Obs. 409, núm. 17, 18: Meier, p. 59 (ambos á propósito de saber cuál es el derecho local aplicable). Wening, Archiv. f. civ. Praxis, t. II, p. 267, 271 (aunque no habla más que del momento en que el contrato es perfecto se aplica igualmente su decision al *lugar*). Lanterbach, de nuncio, § 25 (Diss., t. III, m. 107) donde sólo se ocupa directamente del mensajero, pero la carta se halla absolutamente colocada en la misma línea.

(*d*) Hert, de commeatu literarum, § 16, 19. (Comment. t. I, p. 243). Hasse, Rheint, Museum. II, 371, 382; Wächter, Archiv., vol. XIX, p. 116 J. Voet, V. 1, § 37, no se explica muy claramente.

(*e*) Wening propone con este motivo reglas prácticas. Se podrían apoyar en este principio algunas prescripciones sobre una cuestion análoga contenida en el A. L. R. I, 5, § 90 y sig.

carta y se ha expedido la respuesta afirmativa. Pero esto es absolutamente inadmisible *(f)*. En efecto, el expedidor de la primera carta puede, á lo más, ser asimilado á un viajero; puede aplicársele la presuncion de haber establecido una residencia permanente en el domicilio de la otra parte, y encontrarse de este modo sometido á la jurisdiccion de esta localidad (§ 370, *o)*. El contrato realizado por medio de la correspondencia, debe considerarse por cada una de las partes como hecho en su domicilio y como sometido á la jurisdiccion especial de la obligacion en sí (§ 370, núm. V); sin embargo, si el contrato designaba un lugar de ejecucion, la jurisdiccion de la obligacion se encontraría determinada por este hecho. La naturaleza particular del contrato de cambio (nota *b*), puede motivar graves modificaciones en estos principios. Así, en la ley que sirve de introduccion en Prusia á la nueva ley sobre la letra de cambio en Alemania (*g*), se dice que no sólo el lugar del pago y el domicilio determinan la jurisdiccion, sino que todos los deudores de una letra de cambio pueden ser asignados al tribunal donde se ha llevado una vez la accion fundada en esta letra de cambio.

La tercera cuestion, esto es, la relativa al derecho local del contrato otorgado por medio de la correspondencia, no podrá ser tratada hasta más adelante (§ 373).

B) Actos unilaterales lícitos.

Estos actos se hallan sometidos á las mismas reglas que los contratos, como dicen expresamente las fuentes del derecho (*h)*, y ya hemos hecho aplicacion de este principio á las obligaciones importantes que resultan de una gestion de negocios (§ 370, núm. II). Hay, sin embargo, un caso que pide una mencion especial.

El heredero que acepta una sucesion se somete por esto mismo á diversas clases de obligaciones, principalmente respecto á los acreedores de la sucesion y á los legatarios. Estas obligaciones se designan en las fuentes del derecho

---

(*f*) Tal es tambien la opinion de Mühlenbruch, p. 348, 351.
(*g*) § 5, V. Gesetzsamnl., 1849, p. 50.
(*h*) L. 20, de jud. (V, 1). «Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est...» expresiones que se refieren, sin duda alguna á la jurisdiccion.

como cuasi-contratos (*i*). Varios autores modernos han concluido de aquí que existe para este caso un *forum contractus*, los unos en el lugar en que es aceptada la sucesion, otros en el lugar en que la sucesion se encuentra, otros, por ultimo, en el domicilio de difunto *(k)*. Debemos rechazar su doctrina porque esta clase de jurisdiccion no ha existido nunca. Unicamente una prescripcion excepcional y enteramente positiva establece una jurisdiccion especial para las sustituciones en el lugar en que se encuentra la mayor parte de la sucesion *(l)*. Las expresiones de los textos más arriba citados se refieren unicamente al hecho personal del heredero que se obliga respecto á los acreedores y legatarios y no al orígen de la obligacion, ni á su naturaleza jurídica.

C) Delitos.

La jurisdiccion especial que motivan los delitos es extraña al antiguo derecho romano y solo data desde el tiempo de los emperadores (*m*). Pero desde entónces ha sido tan generalmente reconocida que se ha colocado en las leyes al mismo nivel que el *forum dimicilii, contractus rei sitæ* (*n*). Sin embargo, no debe verse en esta jurisdiccion una aplicacion particular de la jurisdiccion de la obligacion llamada *forum contractus* (*o*), pues el *forum delicti* no se funda en una presuncion de sumision voluntaria, ni se le aplican las restricciones establecidas para la jurisdiccion de la obligacion de que ántes he hablado (§ 370). La competencia del *forum delicti* no está subordinada al domicilio ni á ninguna circunstancia exterior distinta de la perpetracion misma del delito. Esta jurisdiccion, pues, es de una naturaleza enteramente especial, porque no descansa en una sumision voluntaria, sino en una sumision forzada, consecuencia inmediata de la violacion del derecho de que se ha hecho culpable el delincuente. Por lo demás, la juris-

---

(*i*) § 5, J. de obl. quasi ex cont. (III, 27); L. 3, § 3; L. 4, quib. ex caus. (XLII, 4); L. 5, § 2, de O. et A. (XLIV, 7); L. 19, pr. de R. J. (L. 17).

(*k*) Linde, Abhandlung, t. II, p. 101, 109; Mühlanbruch. p. 379, 382.

(*l*) Bethmann-Hollweg, Versuche, p. 32, 35, p. 48. V. § 370 al fin.

(*m*) Bethmann-Hollweg, Versuche, p. 29, 52.

(*n*) Nov. 69, C., 1. C., X, de foro comp. (II, 2).

(*o*) El texto citado del derecho canónico los distingue expresamente.

diccion resultante del delito es tan poco esclusiva como la que resulta del contrato, y el demandante es siempre libre de elegir entre esta jurisdiccion especial y la general determinada por el domicilio del deudor. Así resulta de la mencion expresa que se hace en las leyes citadas (nota *n*), y principalmente del hecho de que esta jurisdiccion especial no se ha establecido en interés del demandado sino más bien en interés del demandante (*o* 1).

Se ha formulado la cuestion de saber si la jurisdiccion de la obligacion existe unicamente para las acciones que pertenecen al desenvolvimiento natural de la obligacion, es decir, que tienden á su cumplimiento, ó si existe tambien para las acciones que tienen un fin contrario, es decir, la disolucion de la obligacion, ó la anulacion de todo lo que se ha hecho en virtud de la misma. En principio, esta primera aplicacion de la jurisdiccion, la aplicacion restringida, es la única admisible (*p*). La segunda, la más extensa, sólo tiene lugar por excepcion en los raros casos en que la disolucion de la obligacion tiene el mismo orígen que su formacion, es decir, cuando esta disolucion resulta de una claúsula accesoria del contrato (*q*).

La jurisdiccion especial de la obligacion no excluye la jurisdiccion general fundada en el domicilio, pues el demandante puede llevar su accion ante cualquiera de los dos que le plazca elegir (*r*). Algunos pretenden equivocadamente limitar esta facultad al caso en que la jurisdiccion resulta de la fijacion expresa del lugar del cumplimiento. Pero en realidad, ya resulte la jurisdiccion del contrato en sí (sin indicacion del lugar de ejecucion) (*s*) ya de una ges-

---

(o1) Linde, Lehrbuch des Prozesses, § 93, nota 10.

(*p*) L. 2, C., ubi et apud quem (II, 47).

(*q*) Glück, t. VI, p. 301, 303. Esta aplicacion de la jurisdiccion la niega Linde, Archiv. t. VII, p. 67, 69.

(*r*) L. 19, § 4, de jud. (V, 1), (donde debe leerse: *habeat* en vez de *habuit*, V. Hollweg, p. 46); L. 1, 2, 3, de reb. anet. jud. (XLII, 5); L. un., C., ubi conv. (III, 18), C., 17, X. de foro comp. (II, 2). Segun el derecho romano el demandante podia tambien recurrir al *forum originis* (§ 355).

(*s*) L. 2, C., de jurisdict. (III, 13). En las palabras: «*ubi domicilium reus habet*» no debe dirigirse la atencion sobre *domicilium*, sino sobre *reus*. Así es preciso decir que el domicilio del demandado (no el del demandante) determina la jurisdiccion como lo indica el principio del tex-

tion de negocios (*t*), no por eso deja de subsistir el derecho de escoger, atribuido al demandante.

En su orígen, por el contrario, se ha sostenido que cuando había un lugar de cumplimiento fijado por una estipulacion, el acreedor no podía ejercitar su accion sino en este lugar en vista de que por esta estipulacion especial había renunciado al derecho de escoger la jurisdiccion general y personal del deudor. Pero como esto podía llevár á una completa denegacion de justicia, si el deudor tenía la precaucion de no parecer por el lugar señalado para la ejecucion, se introdujo una accion especial susceptible de ser llevada ante la jurisdiccion personal, teniendo en cuenta siempre el interés que puede ofrecer la diferencia del lugar de la ejecucion (*u*). Así, pues, aun en semejantes caso el derecho del demandante á elegir la jurisdiccion se obtiene fácilmente por medio de la accion dicha.

Bajo otro respecto, no debe admitirse, como pretenden varios autores, que el demandante tenga derecho de elegir entre la jurisdiccion fundada en una convencion expresa y la que resulta de una convencion tácita sobre el lugar de la ejecucion (*v*); pues la convencion expresa implica necesariamente la negacion de la tácita.

---

to. Esto no impide que el demandante pueda preferir el *forum contractus* cuando existe alguno.

(*t*) Lo que se llama el *forum gestœ administrationis* no tiene ninguna naturaleza particular (§ 370, II). Así, el derecho de elegir está expresamente reconocido en el caso del *argentarius*, L. 4, § 5, de ed. (II, 13). Y precisamente en este caso ha sido denegado invocando la L. 45, pr., de jud. (V, 1). Pero en esta ley *conveniri oportet* quiere decir: debe dejarse asignar. Se sostiene la buena doctrina por Struben, Bedenken, III, 96; Gônner, Handbuch, vol. I Abh. XI; la falsa doctrina tiene por partidarios á Leyser, 73, 8; Weber, Beiträge, vol. II p. 35; Linde Archiv. vol. VII, p. 73.

(*u*) L. 1, de eo quo certo loco (XIII, 4). «Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si prom sor ad eum locum, in quem daturum se promisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare.» Lo que se dice aquí de la estipulacion se aplica á toda obligacion donde el lugar de ejecucion esté determinado, siempre que esta obligacion dé lugar á una *condictio*, como sucede con el préstamo y el legado; en cuanto á las *bonœ fidei obligationis*, la accion resultante del contrato basta para esta facultad, L. 7, eod.

(*v*) De modo que el demandante podía constituir segun le conviniese,

La jurisdiccion especial de la obligacion no puede ejercitarse sino cuando el deudor se encuentra en el distrito donde posee los bienes, en cuyo caso la *missio in possessionem* suministra contra él un medio de coaccion. Esta condicion alternativa no es dudosa con arreglo al antiguo derecho romano (*w*). Podría considerársela abolida por una ley de Justiniano (*x*); pero esta ley se halla concebida en términos tan generales y tan vagos, distingue tan poco las diferentes clases de jurisdiccion, que no se le puede atribuir con certidumbre la intencion de modificar el derecho anterior. Una decretal, que ninguna relacion tiene con este punto, refiriéndose exclusivamente al antiguo derecho romano, ha reproducido tambien las mismas expresiones (*y*). La jurisprudencia de los tiempos modernos se ha decidido en favor de esta doctrina (*z*); de manera que no puede establecerse la jurisdiccion de la obligacion por simple requerimiento de un Tribunal extranjero contra un ausente. Por lo demás, es preciso reconocer que esta condicion restrictiva quita á la jurisdiccion especial de la obligacion una gran parte de su importancia.

La jurisdiccion de la obligacion, como era de esperar, reviste en los Códigos modernos las formas adoptadas por la mayoría de los autores en la época de su redaccion, y estas formas se separan en parte del verdadero derecho romano que el legislador creía, sin embargo, reproducir. Así, el Código prusiano coloca desde luego la jurisdiccion en el lugar fijado para el cumplimiento, y en su defecto en el lu-

---

como *forum contractus* ya el lugar fijado para la ejecucion, ya el lugar en que se había verificado el contrato (§ 370).

(*w*) L. 1, de eo quod certo loco (nota *u*):... «si nunquam accederet.» L. 19, pr. de jud. (V, 1): «si ibi inveniatur.» § 1, eod.: «si non defendat... bona possideri patietur.» La L. 2, C., ubi in rem (III, 19), dice otro tanto respecto del *forum rei sitæ*.

(*x*) L. 69, C., 1, 2.

(*y*) C., 1 § 3, de foro comp. in VI (II, 2): «... nisi inveniantur ibidem (V. nota *w*) trahere coram se non debent invitos, licet in possessionem bonorum, quæ ibi habent..., possint missionem facere.» Varios autores explican este texto de una manera demasiado forzada, diciendo que el Juez no debe emplear contra el ausente una coaccion directa sino hacerlo requerir por su Juez. Cocceji jus controv., V, 1, qu. 15; Glük, VI, p. 304; Linde, Archiv. VII, p. 69, 70.

(*z*) Así lo reconocen los adversarios mismos; Cocceji, l c.; Glük, VI, p. 304-306; Linde, p. 69.

gar del contrato (*aa*), sin consideracion á las condiciones restrictivas bajo las cuales considera el derecho romano el lugar del contrato como una circunstancia decisiva. La facultad concedida al demandante de elegir la jurisdiccion se halla tambien reconocida; y al mismo tiempo, segun el espiritu de la práctica moderna (nota *z*), el demandado no está obligado á someterse á esta jurisdiccion sino cuando se encuentra dentro de su territorio.

§ CCCLXXII.—*III. Derecho de obligaciones.—Derecho local.*

He expuesto con tantos detalles y cuidado (§ 370-371) la teoría de la jurisdiccion de la obligacion, porque es la única que nos suministra una base sólida para resolver cuál es el derecho local aplicable á las obligaciones; cuestion sobre la cual el testimonio directo de las fuentes nos falta por completo en derecho romano. En este punto el estrecho lazo que existe entre la jurisdiccion y el derecho local se muestra tan conforme con los principios como fecundo en resultados; pues la presumida sumision que determina á la vez la jurisdiccion y el asiento de la obligacion, debe determinar igualmente el derecho local aplicable (*a*).

No dudo, pues, en reproducir la série de reglas prácticas más arriba establecidas sobre la jurisdiccion (§ 370), como comunes á la aplicacion del derecho local. Hé aquí, pues, segun la diferencia de casos, el lugar en que se coloca el derecho local.

I) Cuando hay un lugar fijado para el cumplimiento de la obligacion, en el lugar del cumplimiento.

II) Cuando la obligacion se refiere á una gestion de negocios emprendida por el deudor, en el lugar en que reside el asiento permanente de esta gestion.

III) Cuando resulta de un acto particular verificado por el deudor en su domicilio, en el lugar en que se ha realiza-

---

(*aa*) Allg. Ger. Ordu., I, 2, § 148-152. Esta jurisdiccion se halla tambien reconocida en los tratados hechos con varios estados vecinos, por ejemplo, Weimar, 1824, art. 29, Gesetzsammlung, 1824, p. 153:

(*a*) Eichorn, Deuttsches Recht, § 37, *b*, aplica directamente al derecho local los textos del derecho romano que hablan de la jurisdiccion.

de este acto; de manera que un cambio ulterior de domicilio no tiene aquí influencia alguna.

IV) Cuando la obligacion resulta de un acto particular realizado por el deudor fuera de su domicilio, en el lugar que segun las circunstancias debe ser tambien el de la ejecucion, en el lugar en que se ha verificado.

V) Fuera de todas estas hipótesis, el domicilio del deudor *(b)*.

Hasta aquí, la determinacion del derecho local coincide perfectamente con la de la jurisdiccion, salvo, sin embargo, una diferencia importante: al lado de la jurisdiccion especial de la obligacion subsiste siempre la jurisdiccion general del domicilio y el demandante puede elegir una ú otra; miéntras que el derecho local aplicable no puede ser de este modo abandonado á la eleccion de una sola de las partes y está siempre determinado exclusivamente, segun los diferentes casos, ó por el lugar fijado para la ejecucion, ó, á falta de una fijacion semejante, por el lugar en que la obligacion nace, ó, en fin, por el domicilio del deudor.

Todas estas reglas descansan en la presuncion de que el deudor se halla sometido voluntariamente á un derecho local determinado; de aquí resultan varias consecuencias prácticas importantes que voy á enumerar.

A) Este derecho local cesa de ser aplicable cuando se encuentra en contradiccion con una ley rigurosamente obligatoria establecida en el lugar en que reside el Juez llamado á decidir (§ 349); pues las leyes de esta naturaleza no dejan influencia alguna á la voluntad libre de las partes (*b'*).

B) El derecho local que determinan las reglas más arriba expuestas, cesa igualmente de ser aplicable cuando la

---

(*b*) Podría creerse que me apoyo aquí en un principio que he rechazado ántes (§ 361, *g*), segun el cual el derecho local del domicilio se aplica subsidiariamente á todos los casos en que no está designado especialmente ningun otro derecho local; pero se engañaría quien tal creyese. En efecto, si me remito aquí el derecho del domicilio no es por no haberse designado otro derecho, sino porque en este caso, las partes han debido esperar que la obligacion se ejecutase en el domicilio del deudor, más bien que en otro lugar alguno. Ahora bien, no siendo este principio más que una aplicacion particular de la regla general sobre el asiento de la obligacion, es tan válida para la jurisdiccion (§ 370, número V) como para el derecho local.

(*b'*) V. Wächter, II, p. 397-405; Fœlix, p. 145.

presuncion de sumision voluntaria ha sido destruida por una declaracion contraria expresa (*c*).

C) Frecuentemente se ha dicho que cuando existía más de un derecho local considerado como aplicable por sí mismo, debía elegirse el que asegurase mejor el mantenimiento del acto jurídico (*d*). Generalizado de esta manera este principio no resulta del derecho actual; pero podría juzgarse á propósito para fundar una ley positiva nueva (*e*). Sin embargo, esta proposicion es exacta en un sentido. Cuando, segun las reglas más arriba expuestas, se encuentra sometido el contrato á un derecho local (el del lugar de la ejecucion, por ejemplo) que lo declara nulo, miéntras que sería válido segun el derecho del domicilio, no podría admitirse que las partes hayan querido someterse á un derecho local en contradiccion directa con sus intenciones (*e'*).

Aunque, segun los principios que acabo de establecer, el asiento de la obligacion y el derecho local que de él depende pueden en general determinarse con certidumbre, no se pretende que todas las cuestiones de derecho que puedan suscitarse á propósito de una obligacion deban ser juzgadas con arreglo á este derecho local. Este punto sólo puede ser exclarecido por el estudio profundo de dichas diversas cuestiones de derecho en su unidad verdadera (*f*); emprenderé este estudio en el curso de nuestra indagacion (§ 374).

La doctrina que acabo de sentar sobre el derecho local aplicable á las obligaciones difiere de la adoptada por los autores en dos puntos capitales.

(*c*) L. 19, § 2, de jud. (V, 1): «... nisi alio loci, ut defenderet convenit...» Lo que se dice aquí de la jurisdiccion debe aplicarse igualmente al derecho local siempre que su determinacion esté abandonada al derecho local.

(*d*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 37, notas *f*, *g*.

(*e*) El Código prusiano (A. L. R. I., 5, §, 113), sólo hace mencion de un caso, aquel en que las formas legales son diferentes y se realiza el contrato por correspondencia.

(*e'*) Así entendido, concuerda el principio con una conocida regla sobre la interpretacion de los actos jurídicos equívocos L. 12, de reb. dub. (XXXIV, 5).

(*f*) Leyser, 73, 3, Fœlix, p. 142, 145, han indicado ya que estas cuestiones particulares de derecho deben ser juzgadas de diferente modo. No puedo, pues, considerar á estos autores como adversarios nuestros; trataremos únicamente de entendernos sobre la decision de estas diversas cuestiones. He seguido ya (§ 367) la misma conducta, á propósito de la propiedad.

En primer lugar, casi todos los autores refieren la aplicacion del derecho local al lugar del acto obligatorio en sí, sin tener en cuenta las condiciones especiales añadidas por el derecho romano (§ 370), si bien en general la mayor parte pretenden conformar con este derecho. Esto es tanto más censurable cuanto que las condiciones especiales que dan á la cosa un aspecto diferente no descansan sobre condiciones positivas y arbitrarias, sino sobre consideraciones que nacen de la naturaleza de las cosas, sobre las circunstancias que hacen verosímil ó inverosímil la sumision voluntaria á un derecho local determinado.

Además, se ha controvertido con frecuencia el principio por mí sentado de que la fijacion de un lugar de ejecucion determina al mismo tiempo el derecho local aplicable. Una parte de los autores, y aún el mayor número de ellos, están de acuerdo conmigo sobre este punto (*g*). Otros, por el contrario, pretenden que el derecho local se determina únicamente por el lugar del acto obligatorio; que la fijacion de un lugar de ejecucion no ejerce aquí ninguna influencia, puesto que todos los textos del derecho romano que hablan de esta convencion se refieren exclusivamente á la jurisdiccion y no al derecho local (*h*).

En esta discusion todo depende de la interpretacion de los textos sobre la materia. Para que se vea más fácilmente el conjunto voy á transcribirlos aquí.

1) L. 6, de evic. (XXI, 2): «Si fundis venierit, ex consuetudine ejus regionis, in quo negotium gestum est, pro evictione caveri oportet.»

2) L. 21, de oblig. et act. (XLIV, 7): «Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit.»

3) L. 1, 2, 3, de reb. auct. jud. (XLII. 5): «Venire bona ibi portet, ubi quisque defendi debet, id est—ubi domicilium habet—aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.»

(*g*) Christinæus, vol. I, Dec. 283, núm. 8, 9; J. Voet, sect., 9, C. 2, § 12, 15; Mühlenbruch, Doctr. Pand., § 73, nota 17; Fœlix, p. 142, 145; Story, § 280, 299.

(*h*) Hert., § 10 ampl. 2; Meier, p. 57, 58; Wächter, II, p. 41, 47.

Hé aquí como interpretan los adversarios estos textos. El primero, dicen ellos, no habla más que del derecho local, al cual consideran como determinado únicamente por el lugar en que interviene el acto obligatorio (*in qua negotium gestum est*), lo cual excluye el lugar de la ejecucion

El segundo y el tercero, por el contrario, hablan de la jurisdiccion y no del derecho local: respecto á la primera la determinan ellos segun el lugar del contrato, designando como tal, no el del acto obligatorio, sino el lugar de la ejecucion. Así, pues, los adversarios concluyen que estos textos establecen una distincion bien señalada entre la jurisdiccion y el derecho local y les aplican réglas enteramente diversas.

Esta interpretacion es especiosa y nada verdadera. Es cierto que el tercer texto habla de la jurisdiccion y no del derecho local; pero el segundo se expresa en términos tan generales que puede aplicarse al uno de igual manera que al otro. Si, pues, como he demostrado más arriba, existe realmente un estrecho lazo entre el derecho local y la jurisdiccion debemos rechazar toda diferencia práctica en la solucion de estas cuestiones, miéntras que no se nos pruebe por testimonios positivos. Estos testimonios existen, se dice, en los textos citados; trátase, pues, ahora de mostrar por la explicacion del primer texto que no contiene lo que se pretende encontrar en él, es decir, un contraste práctico con los otros dos.

Con motivo del primer texto, á saber, la L. 6, de evict., he observado ántes que, propiamente, no habla del derecho local aplicable, sino de costumbres de hecho que no constituyen reglas jurídicas (§ 356, *i*, *k*); pero sin detenernos en esta objecion, admitimos voluntariamente que pueda hacerse para nuestra cuestion un uso indirecto de este texto. En efecto, la probabilidad de que las partes hayan querido tácitamente someterse á ciertas costumbres de hecho puede ser invocada para establecer su sumision voluntaria al derecho de la misma localidad. Consideraremos, pues, este texto como decidiendo sobre el derecho local, y preguntaremos solamente por qué lugar determinado se declara. Por las palabras *ejus regionis, in qua negotium gestum est* quiere evidentemente excluir cualquier otro lugar. Ahora bien, ¿cuál es el lugar de esta manera excluido? Para evidenciar

las diversas combinaciones posibles en esta materia mencionaré el ejemplo siguiente.

Dos habitantes de Puteoli, uno de los cuales posee en esta ciudad un inmueble, se encuentran en los baños de Baja y formalizan un contrato de venta relativo á este inmueble. Más tarde se suscita un debate sobre la garantía de la eviccion y se pregunta cuál es entónces el derecho local aplicable. Segun el sistema de los adversarios, este debe ser el derecho de Baja *(regionis, in qua negotium gestum est)*, no el derecho de Puteoli, que es el que se encuentra excluido por la decision del jurisconsulto. Reconozco que el antiguo jurisconsulto puede haber tenido en cuenta el contraste nacido de un caso tan complicado y haber querido decidir sobre este punto; pero en el texto mismo no hace la menor indicacion de nada de esto; y si se examina sin prevencion seremos llevados á la suposicion del siguiente caso, que es mucho más sencillo.

Los dos habitantes de Puteoli han celebrado su contrato de venta en esta ciudad *(i)*, en cuyo territorio existe una costumbre particular sobre las evicciones diferente de la adoptada en otras partes. Así, miéntras que la costumbre general obliga en caso de eviccion al vendedor á pagar el doble precio de la venta *(k)*, la costumbre de Puteoli fija la indemnizacion en una vez y media ó en tres veces el precio de la venta. El jurisconsulto decide que en semejante caso el vendedor no pagará la indemnizacion usada generalmente, sino la establecida por la costumbre del lugar, por ser la que las partes tuvieron en cuenta probablemente. Supongamos, ahora, que se le hubiera pedido su parecer sobre el caso en que la venta se hubiese verificado, no en Puteoli, sino en Baja (de lo cual no ofrece el texto el menor vestigio); es evidente que se hubiera decidido por la costumbre de Puteoli, porque es en esta ciudad y no en Baja donde debe

---

(i) De esta manera ha sido entendido este texto por C. Molinæus. Conclusiones de statutis, en el Comm. in Codicem á continuacion de la L. 1, C., de summa trin. (p. 6, 7, ed. Hanov. 1604, *f*): «quod est intelligendum non de loco contractus fortuiti, sed domicilii, prout crebius usu venit, immobilia non vendi peregre, sed in loco domicilii. Lex autem debet adaptari ad casus vel hypotheses, quæ solent frequenter accidere: nec extendi ad casus raro accidentes.»

(k) L. 31, § 20, de ædil. ed. (XXI, 1); L. 2; L. 37 de evict. (XXI, 2).

tener su ejecucion el contrato; sólo que no hubiera empleado entónces la frase *in qua negotium gestum est*; pues aplicada á este contraste debía ser necesariamente mal entendida. Si se adopta esta explicacion de nuestro texto, explicacion que no se separa de su letra ni exige ninguna suposicion extraordinaria, nuestro texto no nos suministra ningun motivo para determinar el derecho local de otro modo que la jurisdiccion.

§ CCCLXXIII.—III. *Derecho de las obligaciones.—Derecho local.* (Continuacion).

Vamos ahora á examinar algunas cuestiones secundarias que para la mayor parte de los autores se refieren á las cuestiones anteriormente tratadas (§ 371) tocantes á la jurisdiccion de la obligacion.

Frecuentemente, en efecto, el derecho local, de igual manera que la jurisdiccion, depende del lugar en que la obligacion ha nacido (§ 372, núm. III, IV) y, por consiguiente, la determinacion exacta de este lugar puede tener una gran importancia y alguna vez ofrecer dificultades.

A) Contratos.

El caso más dudoso y el más controvertido es el de un contrato concluido por medio de la correspondencia. Debe colocarse absolutamente en la misma línea el caso en que el contrato resulta de documentos firmados en diferentes lugares ó de declaraciones orales de voluntad hechas por medio de un comisionado (§ 370, *b*). No puedo repetir aquí lo que he dicho con motivo de la jurisdiccion. El contrato por correspondencia se reputa hecho en el lugar donde se ha recibido la primera carta y se ha expedido la respuesta afirmativa. Si no se debieran tener en cuenta otras circunstancias este lugar determinaría el derecho local; y tal es efectivamente la opinion de varios autores (*a*). Pero debe rechazarse esta opinion, porque el autor de la carta puede todo lo más compararse á un viajero que se transporta momentáneamente cerca de la otra parte para otorgar el contrato; de manera que aunque se realizara el contrato, este

---

(*a*) Hommel Rhaps., obs., 409, núm. 17, 18; Meier, p. 59.

residencia pasajera no podria fundar el asiento de la obligacion con sus consecuencias jurídicas.

Así, pues, en semejante caso el derecho local de la obligacion se determina primeramente por el lugar de la ejecucion, si se había fijado, y no estándolo, cada una de las partes queda sometida al derecho de su domicilio (*b*). No adoptando otros autores ninguna de las opiniones dichas, pretenden que el contrato terminado por medio de la correspondencia debe juzgarse segun el derecho natural (*c*). De deplorar es solamente que estos autores no nos hayan dado al mismo tiempo el tratado de derecho natural cuya aplicacion exigen. El Código prusiano no se ocupa de nuestra cuestion, sino respecto al caso en que exista en el domicilio de cada una de las partes un derecho diferente sobre la forma del contrato, y entónces ordena que se siga el derecho que mejor asegure el mantenimiento del contrato (*d*). Cuando no se trata del mantenimiento del contrato, sino del modo de su ejecucion, está en el espíritu del Código aplicar á la deuda de cada una de las partes el derecho de su domicilio.

La letra de cambio nos suministra la aplicacion más importante de esta cuestion. Segun el principio que acabo de sentar, las obligaciones de los suscritores de una letra de cambio deberían juzgarse segun el derecho del domicilio de cada uno de ellos. Pero las necesidades particulares de este contrato pueden justificar una disposicion positiva excepcional. Hé aquí lo que ordena la nueva ley alemana sobre la letra de cambio por su artículo 85: Toda obligacion resultante de una letra de cambio se juzga segun la ley del lugar en que ha nacido la obligacion. Sin embargo, si la letra, defectuosa con arreglo á esta ley, estaba conforme con la ley alemana, los endosos posteriores hechos en Alemania serán válidos. Es igualmente válida la letra de cambio expedida en país extranjero por un nacional á otro nacional,

---

(*b*) Wächter, II, p. 45, admite en general el derecho del domicilio, sin consideracion al lugar de la ejecucion.

(*c*) Grocio, de j. belli; L. 2, C. 11, § 5, núm. 3; Hert. De commeatu literarum, § 16, 19. (Comm. V, 1, p. 243).

(*d*) A. L. R. J, 5, § 113, 114.

si se halla conforme con las prescripciones de la ley alemana (*e*).

B) Actos unilaterales lícitos.

En esta categoría se colocan en primera línea las diversas obligaciones que resultan del derecho de accion, principalmente de la *litiscontestatio* (la introduccion de la demanda), de la confesion judicial y de la sentencia. Las dudas y las divergencias de opinion que existian ántes sobre esta materia disminuyen cada dia; y conforme al verdadero principio hay acuerdo en reconocer que el derecho local aplicable es el del tribunal de primera instancia, aunque más tarde se llevase la cuestion ante otros tribunales (*f*). Hago observar, sin embargo, que existen aquí dos cuestiones muy distintas, á pesar de su analogía, y cuyo sentido voy á exclarecer comprendiéndolas en la sentencia que nos ofrece el caso principal de aplicacion. La primera cuestion, y la más importante sin duda, es la de saber si en general la sentencia debe ser reconocida en otro lugar y aun en país extranjero. La segunda cuestion es la relativa al modo y á las condiciones de los efectos de la sentencia, que pueden variar segun las leyes de los diferentes países. La mayor parte de los autores no se ocupan más que de la primera cuestion. Pero el que admite la autoridad de la sentencia debe por esto mismo aplicar á los modos de sus efectos la ley del lugar en que ha sido dictada, pues no debe pretenderse hacer aplicacion de una sentencia, sino en el sentido en que ha sido pronunciada por el Juez.

Este contraste resulta de la redaccion de varios tratados concluidos por Prusia con Estados vecinos (*g*).

Segun la letra de estos tratados se podría creer que, si una sentencia dictada en Weimar se presenta ante un tribunal prusiano, la *exceptio rei judicatæ* debe ser aplicada se-

---

(*e*) Prenzische Gesetz-Sammlung, 1849, p. 68. L. A. L. R. II, 8, párrafo 936, 938, contiene disposiciones semejantes.

(*f*) Huber, § 6; Meier, p. 29; Story, § 584 y sig.

(*g*) Tratado con Weimar, art. 3 (V. § 348): «La sentencia dictada por un tribunal de uno de los dos Estados motiva ante un tribunal de otro Estado la excepcion de la cosa juzgada (*exceptio rei judicatæ*) con los mismos efectos que si la sentencia hubiese sido dictada en un tribunal del Estado en que haya sido invocada la excepcion.» Existen convenciones semejantes con varios otros Estados vecinos.

gun las reglas del derecho prusiano sobre esta excepcion, y no segun las reglas del derecho comun vigente en Weimar. Es difícil creer que se haya pensado en una distincion tan delicada, tanto más, cuanto que los negociantes de estos tratados no han examinado ciertamente las diferencias que puede ofrecer la teoría de la *excepctio rei judicatæ*. Evidentemente, su única intencion ha sido que la excepcion de la cosa juzgada fuese tan cierta como si la sentencia se hubiese dictado en el país y que no se pudiese objetar la cualidad de extranjero del primer Juez.

C) Delitos.

Las leyes y la práctica no dejan ninguna duda sobre la competencia de la jurisdiccion en el lugar en que se ha cometido el delito, por más que esta jurisdiccion no tenga el mismo fundamento que la de las restantes obligaciones (§ 371, *c*). En cuanto al derecho local, la regla es diferente. Pero conviene más relacionar este asunto con otra unidad, por cuya razon me reservo tratarla más adelante (§ 374, C).

Las legislaciones modernas no contienen más que disposiciones muy incompletas sobre el derecho local de la obligacion. El Código prusiano contiene una prescripcion sobre el contrato concluido por medio de la correspondencia (nota *d*). Respecto á los pesos, medidas y monedas que puede designar un contrato, ordena seguir los usos del lugar fijado para la ejecucion *(h)*. Esta regla no se refiere propiamente al derecho local, sino á la interpretacion de los contratos, lo cual no es lo mismo (§ 374, *f*); sin embargo, segun el espíritu del código, no tengo objecion que hacer sobre la extension de este principio al derecho local en lo que toca á los efectos de los contratos; porque no es presumible que el legislador haya pensado en esta distincion.

El código austriaco se refiere principalmente al lugar en que se verifica el contrato para determinar el derecho local aplicable, salvo la excepcion natural respecto al caso en que

---

(*h*) A. L. R. I, 5, § 256, 257. Koch, Prensz. Recht, t. I, p. 133, dice con razon que es preciso aplicar el derecho local á que hayan querido someterse voluntariamente las partes; pero añade sin motivo suficiente que éste será frecuentemente el *locus contractus*. Bornemann, t. I, página 65, es de la misma opinion. Volveré sobre la forma de los contratos con motivo de la regla *locus regit actum*. V. tambien los textos citados en la nota *c*.

se halla establecido que las partes han querido someterse á un derecho local (*i*).

§ CCCLXXIV. III.—*Derecho de obligaciones.—Derecho local. Diversas cuestiones de derecho.*

Las reglas hasta aquí establecidas se refieren al derecho local de la obligacion en general. Pero ya he observado que este derecho local no se aplica á todas las cuestiones de derecho que puedan suscitarse con motivo de una obligacion. Me reservé examinar más tarde estas diversas cuestiones (§ 372, *p.* 248), y ahora emprendo dicho exámen.

A) La primera de estas cuestiones versa sobre la capacidad personal del que figura en una obligacion como acreedor ó como deudor.

Pero esta primera cuestion se juzga ante, todo no segun el derecho local de la obligacion, sino segun el derecho en vigor en el domicilio de la persona. Este principio es absoluto; porque si varios autores establecen una distincion entre la incapacidad general y la incapacidad especial de obrar, esta distincion carece de fundamento (§ 364).

Esto se aplica principalmente, segun el derecho comun, á la capacidad personal de girar una letra de cambio, la cual se juzga siempre segun el derecho en vigor en el domicilio del signatario. Sin embargo, no debe confundirse la incapacidad personal de girar una letra de cambio con la falta de reconocimiento de la institucion de la letra de cambio en un país cualquiera. En efecto, no puede ejercitarse útilmente en semejante país una accion fundada en una letra de cambio, válida por sí; pero, recíprocamente, el derecho de este país no tiene influencia alguna sobre las letras de cambio que puedan ser en él expedidas y que den lugar á una accion donde quiera que esté reconocida la institucion de la letra de cambio (§ 364).

B) Otra cuestion de derecho versa sobre la interpretacion de los actos jurídicos, principalmente de los contratos que den nacimiento á obligaciones (*a*).

(*i*) Osterreichisches Gesetzbuch, § 36, 37.
(*a*) Autores sobre esta cuestion Boullenois, t. II, obs. 46. décima re-

Puédese, como hacen ciertos autores, dar á esta cuestion una extension tal que abrace todas las demás cuestiones sobre el derecho local; pues la aplicacion de toda regla local de derecho á un contrato puede siempre ser considerada como sobreentendida en el contrato por la voluntad probable de las partes. Esta clase de interpretacion es la que completa la expresion de las voluntades individuales y la que en general sirve de base á las reglas del derecho supletorio (*b*). Pero generalizar de este modo la interpretacion es quitarle toda su significacion propia. Para conservarle una es preciso darle un sentido más extricto y aplicarla á las dudas que pueden hacer nacer las expresiones ambiguas del contrato. Esta es una cuestion de hecho, como la respectiva á la interpretacion de las leyes. En uno y en otro caso se trata de determinar el verdadero sentido de la declaracion oral ó escrita (*c*). La aplicacion del derecho local es enteramente extraña á esta cuestion; pero el lenguaje local puede hacer conocer con frecuencia el pensamiento de la persona autora de la declaracion. Si ahora se pregunta cuál es el lugar cuyo lenguaje deba ser tomado en consideracion, las reglas sobre el derecho local aplicables no pueden servirnos de guía: equivocadamente indican varios autores el lugar del orígen ó del cumplimiento de la obligacion por el solo motivo de que uno ú otro determinan el derecho local aplicable.

Cuando se trata de un contrato convenido por medio de la correspondencia, el lugar cuyo lenguaje debe tenerse en cuenta es el del domicilio del autor de la primera carta, no el del lugar donde ha sido recibida, por más que se considere el contrato como concluido en este último lugar (*d*);

---

gla, p. 489-538. Story, § 272 y sig., 28 y sig.; Wächter, Archiv fur civil. Praxis, t. XIX, p. 114-125.

(*b*) V. t. I, § 16.

(*c*) V. t. II, p. 311. Por esta razon se expresan del siguiente modo los jurisconsultos romanos: L. 34, de R. J. (L. 17): «id sequimur, quod *actum est.*» L. 114, eod.: «In obscuris inspicia solere, *quod verisimilius est*, aut *quod plerumque fieri solet.*»

(*d*) Wächter explica esta regla por medio del siguiente ejemplo: Una compañía de seguros de Leipzig había sentado en sus estatutos: excepto el caso en que resultase el incendio de un tumulto. Respecto al incendio comunicado desde fuera se suscita la cuestion de saber si hay lugar á aplicar la nocion jurídica del motin, nocion que varía segun las le-

pues el autor de la carta ha debido expresarse conforme al lenguaje que le es familiar.

Cuando se formaliza un contrato verbal ó escrito en el domicilio de ambas partes es evidente que debe aplicarse el lenguaje del lugar. No sucede así cuando una de las partes no tiene su domicilio en el lugar del contrato. Debe entónces examinarse en cada caso si es verosímil que el extranjero que figura en un contrato conozca el lenguaje del lugar y haya querido apropiárselo (*e*).

Por el mismo motivo, cuando se trata de la interpretacion de un contrato no debemos tomar siempre como punto de partida el lenguaje usado en el lugar fijado para la ejecucion, por más que el derecho local de la obligacion esté siempre determinado por el lugar de su cumplimiento. Aquí tambien tenemos que indagar si las partes saben el lenguaje de este lugar y han querido apropiárselo. Evidentemente, hay ciertas partes en los contratos para la interpretacion de las cuales debemos atenernos generalmente al lenguaje usado en el lugar de la ejecucion. Así, cuando hay que hacer un pago en el extranjero, cuando en lugar extranjero deben entregarse mercancías por medida ó peso ó una cantidad de tierra determinada por tal medida de superficie, y los términos de que se sirve el contrato para designar el dinero, el peso ó la medida tienen varias significaciones y expresan valores ó cantidades diferentes, es preciso atenerse al lenguaje usado en el lugar de la ejecucion, no sólo por la probabilidad de que las partes hayan tenido en cuenta su moneda, sus pesos y sus medidas, sino porque con frecuencia sería imposible ejecutar el contrato con monedas, pesos ó medidas distintas de las del país (*f*).

---

yes de los diferentes países. Wächter decide con razon que hay que atenerse al lenguaje de las leyes sajonas, bajo cuyo imperio se han redactado las condiciones que forman las bases de los contratos de seguro.

(*e*) Podría oponerse á esta decision la L. 34, de R. J. (L. 17): id sequamur, quod in regione, *in qua actum est* frequentatur.» Pero este texto no contiene ciertamente ninguna disposicion arbitraria; supone, naturalmente, que las partes contratantes tienen su domicilio en esta region. Tal es tambien el sentido de la L. 6, de evict. (XXI, 2); V. § 372, *i*.

(*f*) Boullenois, p. 496-498. Tal es tambien la disposicion expresa de las leyes prusianas. A. L. R. I, 5, § 256-257.

Podria creerse que estas reglas sobre la interpretacion de los contratos se hallan en contradiccion con ciertas prescripciones del derecho romano, las cuales establecen que en la duda se interprete la convencion contra el que estipula, si se trata de una estipulacion *(g)*; contra el vendedor ó contra el propietario si se trata de una venta ó de un contrato de arrendamiento *(h)*. Se aduce como motivo que estas personas podían prevenir la duda por una redaccion diferente, lo cual equivale á decir que la duda es siempre imputable á su negligencia ó á mala fé. Este motivo nos indica un caso del todo diferente del que nos ocupa. En efecto, estos textos hablan de expresiones oscuras y equívocas *(i)* ; pero las expresiones de que aquí se trata no son oscuras ni equívocas en sí: tienen sólo una significacion diferente, segun los lugares, pero siempre clara y cierta.

La mayor parte de los autores han considerado esta cuestion de la interpretacion de los contratos bajo un punto de vista diferente, refiriéndose á los principios del derecho local. Así se admite ordinariamente que la interpretacion debe hacerse segun el lenguaje usado en el lugar del contrato ó en el de la ejecucion, cuando se ha designado alguno (*k*). Otros, por el contrario, han reconocido con razon que más bien que de establecer una regla de derecho, se trata aquí de averiguar en cada caso la verdadera intencion de las partes, segun las reglas generales sobre la interpretacion de los contratos *(l)*.

C) La validez de los contratos depende de diversas condiciones, unas relativas á la forma, otras al fondo del derecho. Hablaré más adelante de las condiciones de forma, relacionándolas con las exigidas para otras relaciones de derecho, cuando me ocupe de la regla *locus regit actum* § 381). Veamos ahora segun qué reglas se juzgan las condiciones de validez relativas al fondo del derecho.

(g) L. 26, de reb. dub. (XXXIV, 5); L. 38, § 18; L. 99, pr. de V. O. (XLV, I).

(h) L. 39, de pactis (II, 14); L. 21, 33, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 172, pr. de R. J. (L. 17).

(i) L. 39, de pactis (II, 14); L. 21, 33, de contr. emt. (XVIII, 1); L. 26, de reb. dub. (XXXIV, 5); L. 72, pr. de R. J. (L. 17).

(k) Así, por ejemplo, Story § 272, 280 y los autores que él cita.

(l) Así, Boullenois, p. 494-498, et Wächter passim.

Debemos sentar en principio que la validez de la obligacion depende del derecho local á que está sometida la obligacion misma (§ 372), derecho determinado segun los diferentes casos por el lugar de la ejecucion, por el del nacimiento de la obligacion ó por el del domicilio del deudor. Esta regla sufre, sin embargo, excepcion siempre que en el lugar en que la accion se intente sea dicha accion contradictoria con una ley positiva, obligatoria rigurosamente.

El principio que acabo de establecer se halla reconocido por la mayor parte de los autores, salvo naturalmente las diferencias de aplicacion que se refieren á la divergencia de opiniones sobre la determinacion misma del derecho local de la obligacion (*m*).

Este acuerdo, sin embargo, sólo existe respecto al contraste entre la validez absoluta de la obligacion y su no validez (su nulidad). Pero entre estos dos extremos se colocan muchos casos intermedios, dividiéndose considerablemente las opiniones sobre la cuestion del derecho local que les sea aplicable.

Ante todo se presentan los casos en que la obligacion, aunque válida en sí, no está protegida por una accion (*naturalis obligatio*); despues, los casos mucho más numerosos en que la accion resultante de la obligacion se encuentra rechazada por una excepcion perentoria. Varios autores, considerando las acciones y las excepciones como instituciones de procedimiento, han querido aplicar á los casos de esta especie la ley del lugar en que se ha intentado la accion (*n*). Pero esta opinion debe ser completamente rechazada. Todas las reglas que nos ocupan determinan en qué grado y bajo qué forma es incompleta la validez de la obligacion (*o*) y versan sobre el fondo del derecho, no sobre

---

(*m*) Voet., Pand., IV, 1 § 29; Hert., § 66; Story, § 332, y sig.; Wächter, II, 397, 403, 404.

(*n*) Weber, Natürliehæ Verbindlichkeit, § 62, 95; Fœlix, p. 146.

(*o*) V. t. III, § 202, 203. No tengo necesidad de decir que esta regla se aplica únicamente á las excepciones fundadas en el fondo del derecho (así, á todas las excepciones perentorias), y que no se aplica á las excepciones fundadas en una simple prescripcion de procedimiento, cuya naturaleza es siempre dilatoria. V. t. IV, § 227. Respecto á estas últimas se sigue el derecho del lugar en que se ha intentado la accion y acaso la confusion de estas dos clases de excepciones haya contribuido á la creacion de la falsa doctrina.

el procedimiento, de igual manera que las reglas relativas á la validez absoluta ó á la nulidad de la obligacion *(p)*. No se podría, pues, sin inconsecuencia aplicar á estas dos clases de reglas principios diversos; principalmente cuando se trata de modernas legislaciones donde con frecuencia faltan las definiciones rigurosas y los términos técnicos en que pudiera únicamente fundarse esta distincion.

El principio que acabo de sentar se aplica principalmente á la *exceptio non numeratæ pecuniæ*, porque, si bien parece corresponder al procedimiento como medio especial de prueba, pertenece realmente al derecho que rige en ciertas clases de obligaciones. Otro tanto digo de la *exceptio excussionis* y de la que resulta del *beneficium competentiæ*. Por otro lado, esta no se aplica á la *exceptio Sc. Macedoniani* y *Sc. Vellejani*, pues no resultan de un defecto de la obligacion en sí, si no de que las partes no tienen capacidad completa de obrar, por lo que, de igual manera que todas las relaciones de derecho del mismo género, deben juzgarse segun el derecho en vigor en el domicilio de la persona (§ 364).

Las acciones que sirven para atacar y para anular una obligacion se juzgan; como las excepciones, segun el derecho del lugar á que la obligacion se encuentra en general sometida *(q)*.

Citaré como aplicaciones de esta regla: la rescision de una venta por lesion de más de la mitad; la rescision de una venta en virtud de la accion redhibitoria ó de la *actio quanti minoris*; por último, todas las restituciones contra un contrato obligatorio *(r)*.

Entre las excepciones de que acabo de hablar, la de más general aplicacion y tambien la más importante, es la ex-

---

(*p*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 36, nota *n*; Wächter, II, página 401, 402.

(*q*) Así cuando se ataca una obligacion se aplica el derecho local de la misma de una manera más general que cuando se trata de la jurisdiccion de la obligacion, pues esta no tiene otro fin que el mantenimiento de la ejecucion (§ 371).

(*r*) De igual manera sucede cuando la restitucion tiene por motivo la menor edad, pues con arreglo al sucesivo desarrollo del derecho romano, esta restitucion es más bien una vía de derecho anulatoria de la obligacion que una pura consecuencia de la incapacidad de obrar (§ 365, B., 3).

cepcion de prescripcion. Debemos detenernos en ella porque ha dado principalmente lugar á gran divergencia de opiniones, divergencia de que he hablado ya á propósito de las excepciones en general, pero que tienen aquí un carácter más pronunciado. ¿Cuándo en el lugar fijado para la ejecucion, donde se coloca el asiento de la obligacion, la prescripcion difiere de la establecida en el lugar en que la accion se intenta, por ejemplo el domicilio del deudor, cuál de estas dos prescripciones debe aplicarse?

Varios autores pretenden que las leyes sobre la prescripcion son leyes de procedimiento; que, por consiguiente, se aplican á todas las acciones ejercitadas en el país donde rigen, sin consideracion al derecho local de la obligacion (*s*).

Segun los verdaderos principios no es el derecho del lugar donde la accion se intenta, sino el derecho local de la obligacion el que determina el tiempo de la prescripcion; y esta regla establecida anteriormente para las excepciones en general se adapta tanto mejor á la prescripcion, cuanto que los diversos motivos que forman su base se refieren á la esencia misma de la obligacion (*t*). Esta doctrina ha sido en todo tiempo adoptada por un gran número de autores (*u*).

Dicha doctrina, conforme al rigor de los principios, se recomienda además por motivos de equidad, pues al determinar de una manera absoluta la ley de la prescripcion, impide todo lo que la voluntad arbitraria de cada una de las partes pudiera intentar en perjuicio de la otra. Así, cuando hay varias jurisdicciones competentes, el deman-

---

(*s*) Huber, § 7; Weber, Natürliche Verbindlichkeit, § 95, p. 413, 419; Story, § 576, y sig.; Fœlix, p. 147, 149 (que, sin embargo, no se explica claramente sobre este punto). Weber añade una excepcion poco lógica respecto al caso en que un deudor se ausente del lugar en que es larga la prescripcion y establece su domicilio en un lugar en que la prescripcion es corta. Segun Weber la prescripcion corta no comienza á correr hasta despues del establecimiento del domicilio.

(*t*) V. t. IV, § 237.

(*u*) Hert., § 65; Schäffner, § 87; Wächter, II, p. 408, 412, donde se citan tambien otros autores. No tengo necesidad de decir que este acuerdo versa únicamente sobre el principio y no sobre todas las aplicaciones, porque estos autores no determinan de igual manera el derecho local de la obligacion. El principio se halla tambien reconocido en una sentencia del Tribunal de revision de Berlin de 1843. Seuffert, Archiv, vol. II, número 120. Respecto al derecho prusiano, Koch, I, p. 153, nota 23; Bornemann, I, p. 65, adoptan esta doctrina.

dante no puede elegir para intentar su accion el lugar en que la prescripcion es más larga. Recíprocamente, el demandado, al transportar su domicilio á un lugar donde es más corta la prescripcion, no puede sacar de ello ventaja, puesto que el derecho local de la obligacion contraida en su antiguo domicilio y la jurisdiccion especial de la obligacion se encuentran determinadas de una manera inmutable (*v*). No resultaba tampoco perjuicio para el acreedor de que en el lugar fijado para la ejecucion fuera la prescripcion muy corta, y que el deudor, evitando de propósito parecer en este lugar, impidiese el ejercicio de la accion, ántes de que la prescripcion se cumpliera (§ 371, *z*), pues el acreedor puede siempre ejercitar su accion en el domicilio del deudor (371, *r*). Si la jurisdiccion del lugar de la ejecucion era la única competente, el acreedor debería entónces recurrir á los medios de derecho que protejen contra la prescripcion á los que se encuentran en la imposibilidad de ejercitar sus acciones (*w*).

La regla más arriba sentada de que la validez de una obligacion se juzga segun la ley del lugar á que la obligacion se encuentra sometida, debe ser limitada por una excepcion importante. En efecto, cuando la validez de una obligacion se encuentra en contradiccion con una ley positiva rigurosamente obligatoria, no es el derecho local de la obligacion el que se aplica, sino el del lugar donde se ha intentado la accion, el del juez llamado á sentenciar (*x*).

Esta excepcion no es más que una simple consecuencia de un principio muy general sobre la autoridad de las leyes rigurosamente obligatorias (§ 349-372, *a*). Se aplica positiva y negativamente, es decir, que el juez está obligado á obedecer la ley rigurosamente obligatoria de su país, aunque no existiera en el lugar asiento de la obligacion; y aunque estuviera vigente en el asiento de la obligacion no debe obedecerla sino es ley de su país.

(*v*) V. § 370, núm. III, § 3 y § 372, núm. III. Si fuera de otro modo, el deudor, para desembarazarse más pronto de su deuda, no tendría más que volverse á presentar en el lugar de su antiguo domicilio durante el trascurso de esta corta prescripcion (§ 371, *z*). Se ha visto (nota *s*) como pretende Weber remediar este peligro.

(*w*) Por vía de restitucion ó llevando la accion ante el lugarteniente, el *defensor* etc., V. § 328.

(*x*) Esta es tambien la opinion de Wächter, II, p. 389, 405.

Esta excepcion se aplica igualmente á los contratos que á los delitos.

Entre los contratos de esta especie es preciso colocar los prohibidos por las leyes sobre la usura. Así, cuando se reclama ante un juez intereses que no admite la ley de su país, el juez debe rechazar la demanda aunque esta ley sobre la usura no existiese en el lugar asiento de la obligacion, porque el sentido de semejante ley es que todos los tribunales colocados bajo su imperio deben rehusar su proteccion al contrato usurario, como inmoral y contrario al interés público. Reciprocamente, en un país en que esta estipulacion de intereses no se halle prohibida por la ley, el juez deberá acoger la demanda, sin tener en cuenta la prohibicion que puede existir en otra parte, por ejemplo, en el lugar asiento de la obligacion. Esta proposicion negativa no es solamente una consecuencia lógica de la proposicion positiva que procede; se funda además en el motivo siguiente. La aplicacion de un derecho local determinado á una obligacion descansa principalmente en una presuncion de sumision voluntaria; ¿pero cómo suponer la sumision voluntaria á una ley que no admite la validez de la obligacion (§ 372, C)?

Lo que acabo de decir de los intereses usurarios se aplica igualmente á las deudas de juego, cuando son reconocidas por una ley y rechazadas por otra. La validez de la obligacion se juzga segun la ley del lugar en que la accion se intenta.

Sucede lo mismo respecto á la *lex Anastasiana* relativa á los créditos comprados por ménos de su valor nominal. Esta ley descansa en la suposicion de que dichas ventas pueden convertirse para el deudor en una causa de perjuicios y de opresiones y trata de impedirlos como inmorales y contrarios al interés general, ordenando que el adquirente de semejante crédito no pueda reclamar más que el precio real de la venta (*y*). Esta ley es aplicable ó inaplicable segun que existe ó no en el lugar donde la accion se intenta: el derecho del lugar de la obligacion primitiva ó el del lugar de la cesion no ejerce aquí ninguna influencia (*z*).

(*y*) L. 22. C. mandati. (IV, 35).
(*z*) Una sentencia del Tribunal Supremo de Munich, de 1845 decide

La ley francesa sobre los créditos de los judíos contra los cristianos parece deber encontrar aquí un lugar; pero realmente pertenece más bien á la cuestion de la capacidad de obrar y ya he hablado de ella con este motivo (§ 365, A. núm. 5). El resultado práctico es el mismo en ambos casos.

La aplicacion de esta excepcion á las obligaciones resultantes de los delitos es muy general porque las leyes que castigan los delitos son siempre del número de las positivas rigurosamente obligatorias.

Estas obligaciones se juzgan, pues, segun la ley del lugar en que se ejercita el procedimiento, no segun la ley del lugar en que ha sido cometído el delito (*z'*).

En este punto, de igual manera que respecto á los contratos, el principio vale como positivo y como negativo, es decir, por ó contra la aplicacion de una ley que admite una obligacion fundada en un delito. Esta cuestion ha sido principalmente controvertida con motivo de las obligaciones resultantes de la cohabitacion fuera del matrimonio. Para exclarecerla completamente tomaré como punto de partida la disposicion absoluta contenida en el artículo 340 del Código civil francés: «Está prohibida la indagacion de la paternidad.» Esta ley descansa evidentemente en la conviccion de que toda accion judicial motivada por la cohabitacion fuera del matrimonio debe ser prohibida en interés de las buenas costumbres *(aa)*: otras legislaciones se fundan en la conviccion contraria. Vemos, pues, aquí de una y de otra parte una ley positiva rigurosamente obligatoria. Ahora bien, si es llevada una accion de este género ante un tribunal sometido á la ley francesa, debe ser rechazada, aunque el hecho alegado de la cohabitacion hubiese tenido lugar en un país donde la ley admite y protege esta accion. Recíprocamente, los tribunales de semejante país deberían acoger la demanda aunque la cohabitacion hubiese tenido lugar en un país regido por el derecho francés. Lo dicho sobre estos dos casos extremos, la admision y la denega-

---

por el contrario que debe seguirse el derecho bajo cuyo imperio se contrajo en su orígen la obligacion. Seuffert, Archiv, vol. I, núm. 402.

(*z'*) Esto se aplica principalmente á los interdictos posesorios aunque con grandes restricciones sin embargo. V. el final del § 368.

(*aa*) La prohibicion absoluta de todo procedimiento impuesta al juez no dá lugar á duda alguna sobre el espíritu de la ley francesa.

cion absoluta, se aplica igualmente cuando el contraste entre las diversas legislaciones es ménos marcado y no versa más que sobre las condiciones y la extension de la demanda. Esta cuestion ha sido juzgada de muy diferente modo por los tribunales (*bb*).

Tiene afinidad la cuestion dicha con la de saber si nuestros tribunales deben castigar un delito cometido en país extranjero y con qué penas. Sin embargo, no deben identificarse estas dos cuestiones, pues el derecho penal, como parte integrante del derecho público, reclama consideraciones que son extrañas á las obligaciones resultantes de los delitos.

De los principios que acabo de exponer resulta que en los casos en que existen leyes rigurosamente obligatorias se atribuye frecuentemente un gran poder al demandante, porque siendo á menudo libre para elegir entre varias jurisdicciones igualmente competentes, puede, por esto mismo, determinar entre varios derechos locales el que haya de ser aplicable. Esto es una consecuencia necesaria de la naturaleza particular de las leyes de esta especie. Disminuyen además el peligro del demandado las condiciones restrictivas á que está subordinada la jurisdiccion especial de la oblgacion (§ 371, *z*).

D) Los efectos de una obligacion, principalmente la extension de estos efectos, se regula segun el derecho del lugar en que el asiento de la obligacion reside, y tal es la significacion capital del derecho local de la obligacion. Esta cuestion, además, se presta ménos que ninguna otra á la duda y á la controversia. Bastarán algunos ejemplos para exclarecer dicha verdad.

Segun varias leyes locales, la venta no se perfecciona sino por la tradicion, principio extraño al derecho comun. Trátase aquí de saber si semejante ley se halla en vigor en el lugar donde está situado el inmueble, sin tener en cuenta

---

(*bb*) Respecto al lugar de la accion (que frecuentemente es tambien el del domicilio del demandado), sentencia del Tribunal Supremo de Stuttgart, Seuffert, Archiv, für Entscheidungen der obersten Gericht in den Deutschen Staaten, vol. II, n. 4. Respecto al lugar de la cohabitacion: sentencia del Tribunal Supremo de Munich y dos sentencias del Tribunal de Jena. Seuffert, vol. I, núm. 153, vol. II, núm. 118.

el lugar del contrato ó el del litigio, pues la venta de un inmueble implica siempre un lugar de ejecucion determinado que es al mismo tiempo el asiento de la obligacion y cuyo derecho local es el único aplicable (§ 370-372). Otro tanto digo de la ley local que en los dominios rurales admite una reconduccion tácita de tres años. Esta ley se aplica á todos los inmuebles situados en la extension de su imperio, y por el mismo motivo que en el caso precedente (*cc*).

El derecho comun prescribe que los intereses moratorios se paguen segun la tasa acostumbrada en cada época, es decir, segun el uso establecido de hecho. Ahora, si en diferentes lugares existe para los intereses moratorios una tasa legal diferente, cada obligacion se juzga segun el derecho del lugar en que tiene su asiento, como por ejemplo, segun el derecho del lugar en que se verifica el pago cuando este lugar ha sido convenido (*dd*).

A la obligacion puede referirse un derecho de prenda, ya general, ya especial. La cuestion de saber si esta convencion tácita existe ó no, se juzga segun el derecho local á que la obligacion está en general sometida. Pero la cuestion de saber si un derecho de prenda existe en virtud de esta convencion se juzga, por el contrario, segun el derecho del lugar en que la cosa se halla situada (§ 368).

E) La posicion de las obligaciones en caso de quiebra exige un estudio especial, porque no hay materia en que las legislaciones modernas difieran más unas de otras. Pero ántes importa determinar bien la naturaleza particular de la quiebra.

Supone esta un deudor insolvente en presencia de varios acreedores, es decir, un caso en que siendo imposible la ejecucion completa de las condenas pronunciadas ó para pronunciar, hay que contentarse con la ejecucion parcial que permite las circunstancias. Para conseguirlo, se forma una masa de los bienes del deudor; y se les convierte en

---

(*cc*) Estos dos casos se citan por Boullenois. t. II, p. 452 y sig., el cual decide como yo el segundo, pero el primero le ofrece dificultades.

(*dd*) Voet. Pand., XXII, 1, § 11. En la L. 1, pr., de usur. (XXII, 1), se lee: «ex more regionis *ubi contractum est.*» Este texto supone el caso más ordinario, el de dos habitantes de la misma ciudad que celebran en ella un contrato; pero no habla de un contrato verificado fuera del domicilio ó de otro lugar designado para el pago.

dinero efectivo que se divide entre los acreedores segun ciertas reglas. No vemos, pues, aquí más que un simple medio de ejecucion sobre una masa determinada de bienes, y el oficio del juez consiste en apreciar los derechos de cada uno de los acreedores á esta masa. La quiebra no tiene ninguna influencia sobre la definitiva suerte de los acreedores; así, todo acreedor que no haya sido pagado en su totalidad ó en parte, puede siempre hacer valer sus derechos contra el deudor si más tarde adquiere nuevos bienes.

Como se trata en la quiebra de regular los derechos de varios acreedores, esto no puede hacerse en un solo lugar, ó sea en el domicilio del deudor; de manera que la jurisdiccion personal general se sobrepone aquí á la jurisdiccion especial de la obligacion.

Las funciones del juez llamado á conocer de una quiebra tiene dos partes distintas: los actos preparatorios y la particion de los bienes.

Entre los actos preparativos figuran la determinacion de los créditos, despues la formacion de la masa, por la exclusion de todo lo que no pertenece al deudor, por la reunion de todo lo que pertenece y por la reduccion de los bienes á dinero por medio de la venta. El derecho local aplicable está determinado por los principios generales sobre los derechos reales y sobre las obligaciones y la circunstancia accidental de la quiebra no tiene aquí influencia alguna.

En lo que toca al primer punto, la determinacion de los créditos, no se abandona al azar la comparecencia de los acreedores; todos, por el contrario, son advertidos por una citacion pública para que los hagan conocer en un plazo determinado. El que deja pasar este plazo se encuentra excluido y pierde de este modo, no su crédito mismo, sino el derecho de intervenir en la quiebra y de hacerse pagár con los bienes de la masa. La citacion pública comprende tambien á los acreedores que han comenzado en otra parte su persecucion y no han obtenido sentencia, de manera que el tribunal atrae á sí las acciones deducidas ante otros tribunales *(ee)*.

El tribunal tiene la mision de regular los derechos de

(ee) Wernher Obss., t. II, p. 10, obs., 297; Leyser, Sp., 478, med., 8.

cada uno de los acreedores á la masa activa, y como esta regulacion entra ya en la ejecucion de que ántes he hablado y pertenece exclusivamente al procedimiento, el único derecho aplicable es el del lugar donde el tribunal reside, que es tambien el derecho local del domicilio del deudor *(ff)*.

Bastaría esta regla para decidir toda cuestion si muchos créditos, con frecuencia los más importantes, no tuviesen una naturaleza mixta, como participando de la obligacion y del derecho real, del derecho de hipoteca. Aquí reside la principal dificultad.

Para exclarecer el asunto, voy á exponer el derecho comun sobre la quiebra, basado en las prescripciones del derecho romano nuevo y desenvuelto por la teoría y la práctica actual.

Todos los acreedores se dividen en cinco clases: 1.°, los que tienen privilegios absolutos; 2.°, los que tienen hipotecas privilegíadas; 3.°, los que tienen hipotecas ordinarias; 4.°, los que tienen privilegios personales; 5.°, todos los demás acreedores (*gg*). De estas cinco clases, la primera, la cuarta y la quinta nos ofrecen puras obligaciones, que están exclusivamente sometidas al derecho del lugar donde se abre la quiebra, sin consideracion al derecho diferente que puede existir en el lugar en que la obligacion ha nacido, ó en el lugar señalado para la ejecucion. Quedan, pues, la segunda y la tercera clase comprensivas de los créditos hipotecarios que deben ocuparnos ahora.

Todo acreedor hipotecario posee en realidad un derecho mixto, cuyas dos partes constitutivas son de una naturaleza enteramente diversa; es verdaderamente acreedor y tiene además un derecho real como garantía de su crédito. Mas para comprender cómo pueden combinarse estas diversas clases de derecho con la unidad de la quiebra es preciso tomar las cosas desde más alto, y, dejando á un lado los acreedores hipotecarios, volver sobre la formacion de la masa divisible.

La formacion de esta masa por la reunion y la enajenacion de los bienes no presenta dificultad alguna, cuando to-

---

(*ff*) Leyser, 478, 10.
(*gg*) No necesito entrar aquí en mayores detalles sobre dicha clasificacion. V. Mühlenbruch, I, § 173; Göschen Vorlesungen, II, 2, § 424.

dos estos bienes se encuentran en el territorio del tribunal de la quiebra. Pero la cuestion resulta muy controvertida respecto á los bienes situados en el territorio de otro tribunal ó en país extranjero. Comienzo por este último caso. Segun varios autores, el soberano extranjero y sus tribunales no están obligados á tomar en consideracion los requerimientos del tribunal de la quiebra; en realidad no se conforman con él ordinariamente *(hh)*. El tribunal de la quiebra debe entónces abstenerse de decidir respecto á estos bienes; pero los acreedores pueden perseguir al deudor en país extranjero y hacer pronunciar una segunda, una tercera y áun una cuarta quiebra, segun lo exija la situacion de los bienes.

No puedo admitir este recurso, ni tampoco la dificultad tal como se la presenta. En cuanto al recurso, supone que todo crédito dá derecho á perseguir al deudor en todas partes donde posea bienes; en otros términos, implica la existencia de un *forum rei sitæ* general para todas las acciones personales. Pero esto es inadmisible y no puede concederse que haya varias quiebras abiertas en diferentes países. Veremos pronto hasta qué punto tiene la hipoteca analogía con este caso. De otro lado, la dificultad es menor de lo que comunmente se cree. En efecto, el curador nombrado en justicia *(ii)* que bajo la vigilancia del tribunal de la quiebra vende los bienes del quebrado, no realiza más que un acto ejecutorio de una sentencia dictada ó preparatorio de una sentencia que ha de dictarse. Mas la comunidad de derecho de que ántes he hablado (§ 348) y que tiende constantemente á acrecentarse, reclama que se conceda una proteccion recíproca á las decisiones judiciales dictadas en otro país (§ 373). Esta proteccion debe, por consiguiente, extenderse al curador que vende los bienes del quebrado para formar la masa divisible. Si le fuera rehusada, este hecho constituiría una verdadera denegacion de justicia; pues como ya

---

(hh) La dificultad es menor ciertamente cuando se trata de bienes situados en dos jurisdicciones diferentes, pero que pertenecen al mismo país; pues no se puede recurrir á un simple requerimiento entre tribunales iguales ó á una órden emanada del tribunal superior para ambos.

(ii) Tit. D., de curatore bonis dando (XLII, 7), principalmente en la L. 2, tít. cit.

he dicho, no existe en país extranjero ninguna jurisdiccion competente ante la cual pueda intentar el deudor una accion personal.

Esta doctrina ha sido adoptada desde hace largo tiempo por varios autores *(kk)*. Otros sostienen lo contrario sin fundarse en ningun principio de derecho, sino únicamente en que el soberano extranjero debe rehusar su concurso *(ll)*. Los tribunales ingleses comprenden en la masa de la quiebra abierta en el domicilio del deudor los muebles situados en país extranjero, pero no los inmuebles; la mayor parte de los tribunales americanos no hacen entrar en esta masa ni unos ni otros *(mm)*. El caso en que los bienes situados en país extranjero estén sometidos á un derecho de prenda, presenta ciertamente una complicacion y una dificultad particular, y sin duda la consideracion de este caso extraordinario es lo que ha motivado las opiniones de los autores y las decisiones judiciales de que acabo de hablar. Estas son, sin embargo, dos cuestiones distintas y no pueden ménos de ganar siendo tratadas separadamente.

Este último caso se distingue de aquel en que los bienes situados en país extranjero no se hallan sometidos á ningun derecho de prenda en que el acreedor puede llevar su accion hipotecaria ante el tribunal del lugar en que la cosa se encuentre situada. Si, pues, se ejercita la accion hipotecaria contra otro acreedor tambien hipotecario, poseedor de la cosa, ó por dos acreedores hipotecarios contra un tercer detentador, debe el Juez decidir sobre la prioridad, segun los principios establecidos para la quiebra *(nn)*; y esta re-

---

(kk) J. Voet., § 17, y Comm. ad Pand., XX, 4, § 12 (donde deduce precisamente esta regla de la *comitas* mencionada ántes), Puffendorf, t. I, Obss. 217 (con una restriccion respecto al caso de la hipoteca de que hablaré seguidamente), Dabelow, Lehre vom Concurse, p. 746, 765 el cual despues de sentar con exactitud los principios, añade para terminar que la práctica les es contraria, y que por tanto, son indispensables varias quiebras.

(ll) Struben, Bedenken, 1, 118; V, 27.

(mm) Story, § 403, y sig. El mismo prefiere la práctica inglesa á la americana. Habla solamente de los bienes muebles; y la prueba es que trata la cuestion en el cap. IX, *personal property* (bienes muebles).

(nn) L. 12, pr., § 7, qui pot. (XX. 4), V. J. Voet., sect. 10, C. un. § 5. La ley prusiana actual permite á todo acreedor provisto de una prenda ó de una hipoteca, aunque no estén los bienes situados en un país

gla se aplica cualquiera que sea el país en que esté situada la cosa hipotecada. Pero esto no constituye de ningun modo la apertura de una segunda quiebra, puesto que en ella no aparecen las formas de este procedimiento.

Por lo demás, nada impide comprender en la quiebra abierta en el domicilio del deudor los bienes hipotecados en país extranjero, supuesto que todo acreedor que tenga un derecho de prenda sobre estos bienes conserva sobre el precio la prioridad que le concede el derecho del lugar en que se encuentran los bienes en el momento de la venta; pues la *lex rei citœ* decide de esta prioridad (§ 368).

Es verdad que algunas veces es difícil conseguir este fin, pero no es imposible; y no se facilitaría la operacion formando una masa especial con el precio de cada uno de los bienes situados en país extranjero. Cuando todo pasa ánte el mismo Juez, la unidad de las decisiones se obtiene mucho más seguramente que habiendo varias quiebras ante diversos tribunales *(oo)*.

La más evidente prueba de que este sistema es muy practicable es que se encuentra establecido en un gran número de tratados concluidos por la Prusia con diversos Estados vecinos. La base de estos tratados es la ley prusiana sobre las quiebras. Segun esta ley no hay nunca más que una sola quiebra abierta, y esto en el domicilio del deudor comun. El tribunal de la quiebra pide por vía de requerimiento el concurso de los tribunales prusianos en cuyo territorio existan bienes pertenecientes al quebrado. Cuando hay bienes situados en país extranjero, el tribunal debe indagar primeramente si existe un tratado con este país. Si no hay tratado pide, como á los tribunales prusianos, el concurso del tribunal extranjero en las operaciones de la quiebra. Si se le niega este concurso, el curador queda encargado de velar por los intereses de los acreedores prusianos en la quiebra especial abierta en país extranjero *(pp)*.

---

extranjero de hacerse pagar directamente de la cosa, sin mezclarse en la quiebra. Gesetzsammlung., 1842, p. 4.

(oo) Puffendorf (nota *kk*) considera tan difícil el sostenimiento de la prioridad ante un tribunal extranjero que prefiere abrir una quiebra especial en el lugar en que se hallen situados los bienes, cuando lo exigen los acreedores hipotecarios.

(pp) Allg. Ger. Ordnung., I, 50, § 25-32, § 647-671.

Todos los tratados concluidos despues de esta ley descansan sobre el principio de que no debe haber más que una sola quiebra, la cual se abre en el domicilio del deudor. Los bienes del deudor comun situados en país extranjero se venden y viene su precio al tribunal de la quiebra, que es al que deben dirigirse todos los acreedores. El rango de estos respecto á los créditos puramente personales se regula segun el derecho del lugar en que el tribunal reside, y respecto á los derechos reales, segun el derecho del lugar en que la cosa se halle situada (*qq*). Por los nuevos tratados (desde 1819), los derechos reales sobre bienes situados fuera del lugar en que reside la quiebra pueden ejercitarse en el lugar en que están situados estos bienes, ántes de que los haya embargado el tribunal de la quiebra. Cuando los acreedores hipotecarios usan por este medio de sus derechos se venden los bienes hipotecados; y, distribuido entre dichos acreedores el sobrante, si lo hay, se entrega al tribunal de la quiebra.

Lo establecido en los tratados no es una nueva y arbitraria invencion, sino la expresion únicamente de esta comunidad de derechos que en nuestros dias tiende siempre á aumentarse (§ 348). No debe dudarse, por tanto, en consignar este principio en otros tratados; independientemente de ellos, los tribunales de diferentes Estados pueden consagrarlo por su jurisprudencia en vista de la confesion expresa ó tácita de sus Gobiernos.

El contenido de estos tratados tiene una importancia directa para las relaciones de Prusia con los Estados interesados y una importancia indirecta para las relaciones que han de establecerse con el tiempo con Estados nuevos. Pero además, como estos tratados nos revelan el espíritu de nuestra legislacion, pueden servirnos de guía para resolver las cuestiones de derecho que se refieren á las relaciones íntimas de las diversas provincias del reino. Cuando se abre una quiebra en Berlin y el quebrado posee bienes muebles é inmuebles en la Pomerania, donde está en vigor el

---

(*qq*) Tratado con Weimar, 1824, art. 18-22, tratado semejante con, Attenburg. Koburg-Gotha, Prensz-Gera. Más tarde, con el reino de Sajonia, 1839, art. 19-21, tratado reproducido textualmmente con Rudolstap Bernburg, Braunschweig. (V, 348).

derecho romano y donde estos bienes pueden ser constituidos como prenda por simple contrato, se pregunta cómo se distribuirá el valor de estos bienes á los acreedores de la quiebra. Si los tribunales de esta provincia estuvieran sometidos á la organizacion judicial prusiana deberían entregar el valor de los inmuebles y materialmente los muebles al tribunal de la quiebra (*rr*), el cual distribuiría el precio de la venta segun la clasificacion prusiana. Estos acreedores experimentarían entónces un gran perjuicio, porque no figuraban en la segunda ni en la tercera clase de acreedores establecidos por la ley prusiana. Pero no estando sometidos á esta ley los Jueces de la provincia, deben ser considerados los créditos y derechos de prenda de que aquí se trata como pertenecientes á un país extranjero y á un país cuyos tribunales sostienen amigables relaciones con los tribunales prusianos y se prestan naturalmente una justa proteccion. Esto nos lleva á la aplicacion del principio sentado en los tratados mencionados anteriormente. En su consecuencia, los tribunales de la Pomerania venderían los bienes situados en su territorio y entregarían el precio al tribunal de Berlin que conociese de la quiebra. Pero los acreedores que tuviesen un derecho de prenda sobre estos bienes conservarían respecto al precio la misma prioridad que si la quiebra, en vez de abrirse en Berlin, se hubiera abierto en Pomerania.

§ CCCLXXV.—IV. *Derecho de sucesion.*

De igual manera que lo hemos hecho respecto á otras instituciones, debemos indagar á qué derecho local pertenece por su naturaleza el derecho de sucesion, es decir, dónde reside su verdadero asiento (§ 360). A este efecto necesitamos volver sobre los caracteres esenciales del derecho de sucesion, tales como han sido indicados precedentemente (t. I, § 57). Este derecho consiste en la trasmision del derecho del difunto á otras personas, lo cual constituye una extension del poder y de la voluntad del hombre más allá del término de la vida; y esta voluntad que continúa obrando-

(*rr*) Allg. Ger. Ordnung. I, 50, § 648; ley de 28 Diciembre 1840, § 2 (Gesetzsamm, 1841, p. 4).

se unas veces expresa, (sucesion testamentaria), otras veces tácita (sucesion abintestato) (*a*). Esta relacion se refiere inmediatamente á la persona del difunto como se ha visto más arriba respecto á la capacidad de derecho (§ 362), y se verá más adelante respecto á la familia. Si esta exposicion se halla conforme con la naturaleza de las cosas, debemos decir que en general el derecho de sucesion se regula segun el derecho local del domicilio que tenía el difunto en el momento de su muerte (*b*). Para reproducir aquí los términos técnicos ántes explicados, diremos que las leyes sobre el derecho de sucesion pertenecen á los estatutos personales; pues tienen por objeto la persona (*principaliter*), y sólo se ocupan de los bienes accesoriamente (§ 361).

Hé aquí, además, otras consideraciones que vienen á confirmar la verdad de esta doctrina. No siendo el domicilio del difunto donde reside el derecho local, sólo nos queda el lugar donde están situados los bienes, es decir, la sucesion, en cuyo caso se aplicaría la *lex rei sitæ*. Pero ¿dónde se coloca este lugar? El patrimonio, como unidad considerado, es un objeto ideal de un contenido enteramente indeterminado (*c*); puede componerse de propiedades, de derechos á cosas particulares, de créditos y de deudas, estos dos últimos de una existencia invisible. Así, este patrimonio se encuentra en todas y en ninguna parte, y por consiguiente no podría asignársele un *locus rei sitæ*. Considerar como tal el lugar en que está situada la mayor parte de los bienes, sería un expediente enteramente arbitrario, porque esta idea nada tiene de precisa, y además la menor parte de los bienes merece ser tomada en cuenta tanto como la mayor. Si abandonamos este expediente, sólo nos resta colocar la sucesion en todas las partes donde se encuentre cada uno de los bie-

---

(*a*) Esta segunda extension de la voluntad se refiere igualmente á la continuacion de la individualidad del hombre por el parentesco. V. t. I, § 53.

(*b*) V. § 359. En derecho romano se regula segun el derecho del *origo* (§ 357) cuando se trata de la muerte de un vagabundo que no tiene domicilio, se sigue el derecho del país donde ha nacido; y cuando no se le puede conocer, el de su última residencia, es decir, el lugar donde ha muerto (§ 359).

(*c*) V. t. I, § 56.

nes que la componen. Pero cuando estos bienes se hallan diseminados en diferentes lugares, tendríamos que admitir varias sucesiones independientes unas de otras que pudieran estar sometidas á leyes diferentes, sin contar con que dicho medio sería aplicable solamente á una parte de la sucesion (los derechos reales), y nada decide respecto á la otra parte (las obligaciones). Se ve, pues, que este sistema no descansa en nada verdadero ni real, sino en una simple apariencia. Sin embargo, ha encontrado numerosos partidarios, asunto de que voy á hablar seguidamente.

La base de la sucesion romana es la *sucessio per universitatem* que existe en toda sucesion, y con respecto á la cual todas las demás relaciones de derecho nos aparecen como secundarias. Por lo demás, esta es la forma jurídica del derecho de sucesion tal como ántes lo he definido, y bajo este punto de vista debemos decir que en derecho romano el principio sentado respecto al asiento de la sucesion, no es susceptible de ninguna duda. Pero es preciso rechazar en absoluto la opinion de varios autores modernos consistente en que la sucesion universal es una institucion especial de los romanos en contraste con otras legislaciones (germánicas) que no la reconocen. Este contraste debe ser considerado de diferente manera. En el derecho positivo de varios Estados el derecho de sucesion ha permanecido en un estado de desarrollo poco adelantado, mientras que el esquisito tacto de los romanos supo muy pronto descubrir los únicos principios apropiados á su verdadera naturaleza, por lo que todo derecho que difiere de estos principios tiende por necesidad constantemente en su desarrollo á aproximarse á ellos (*d*). Se engañaría igualmente quien no viese en ello más que diferencias teóricas sobre las cuales puede existir divergencia de opiniones. Las necesidades prácticas de la época actual, por el contrario, sólo encuentran su entera satisfaccion en el principio de la sucesion universal; si los bienes dan lugar á una increible multiplicacion de relaciones, la importancia de las obligaciones va siempre creciendo.

(*d*) V. t. I, § 57.

§ CCCLXXVI.—IV. *Derecho de sucesion.* (Continuacion).

Voy ahora á examinar las principales opiniones sobre las leyes aplicables al derecho de sucesion, tal como han sido constituidas por la doctrina de los autores y por la jurisprudencia de los tribunales de diversos países y en diversas épocas. Estas opiniones pueden dividirse en tres clases.

Una, la expuesta anteriormente, somete el conjunto de la sucesion al derecho del lugar en que el difunto tenía su último domicilio. Esta considera las leyes sobre el derecho de sucesion como estatutos personales.

Otra, enteramente opuesta, y de que ya he hecho mencion, sienta el principio de que el derecho de sucesion se regula segun el lugar en que se hallan situados los bienes del difunto. Esta opinion admite la posibilidad de que las diversas partes de la sucesion se regulen por derechos diferentes; además, no decide nada en cuanto á las deudas y á los créditos, si bien bajo la reserva naturalmente de adoptar en cada caso particular el expediente más oportuno para satisfacer la necesidad práctica.

Por último, una tercera opinion viene á colocarse entre las dos que preceden. Aplica á los inmuebles la *lex rei sitæ,* y á los demás bienes (los muebles y las obligaciones), la ley vigente en el domicilio del difunto. Para la práctica tiene esta ley ménos inconvenientes que las otras dos, porque determina de una manera cierta los que deben heredar los créditos; pero tiene tambien sus inconvenientes, porque las deudas deben gravar sobre el conjunto del patrimonio, y por consiguiente, sobre los inmuebles situados en país extranjero; de manera que dichas deudas pueden ser soportadas por muy diferentes personas (*a*). Adoptando la fraseología explicada anteriormente, puede decirse que, segun

(*a*) Esta grave dificultad de ejecucion no ha sido desconocida por los autores, y para remediarla han propuesto diversos medios, pero en gran parte arbitrarios é insuficientes. V. Hert., § 29. Esta dificultad es una prueba de la falsedad de todo el sistema. La misma crítica se dirige tambien contra la opinion que precede, pero en más alto grado.

esta opinion, las leyes del derecho de sucesion pertenecen á los estatutos reales (§ 361) (*b*).

Voy á considerar estas tres opiniones segun el órden de los tiempos en que se coloca su orígen y su imperio.

A) La más antigua es la que regula la sucesion mueble é inmueble exclusivamente, segun el derecho del país en que se encuentran situados los bienes (*c*). Esto no es más que una aplicacion del derecho de soberanía territorial en todo su rigor (§ 348).

Bajo su forma primitiva y la más decisiva ninguno de los bienes de una sucesion (muebles ó inmuebles) situados en el país pasaba á herederos extranjeros, sino que eran devueltos al soberano ó á su representante (*d*). Bajo una forma más templada, todos los bienes de la sucesion se regulan segun la ley del país, cualquiera que sea el domicilio del difunto, y sin distinguir entre herederos nacionales ó extranjeros.

He expuesto ya las objeciones que se levantan contra esta opinion: voy á añadir una consideracion práctica. Si este principio estuviera reconocido y aplicado en todas partes, todo padre de familia previsor buscaría una garantía contra un órden de sucesion contrario á su voluntad, y contra la perturbacion que amenazara á sus créditos y á sus deudas. Su único recurso consistiría entónces en vender á tiempo los inmuebles que poseyera en país extranjero y trasportar las cosas muebles al país de su domicilio. Un deseo tan natural y la necesidad de semejante recurso hacen claramente resaltar la dureza del principio.

B) La opinion intermedia entra en el dominio de la anterior, salvo que se concreta á los inmuebles de la sucesion; respecto á la propiedad mueble, áun la situada en país extranjero, admite el derecho vigente en el domicilio del difunto. Todos los argumentos alegados contra la anterior opinion se aplican á esta, pero en menor grado, puesto

---

(*b*) Esta denominacion podría con mayor razon aplicarse á la opinion precedente si no se acostumbrase restringir á los inmuebles el término de estatutos reales.

(*c*) Los autores que adoptan esta opinion se citan en gran número en Wächter, I, 275, 276; II. p. 192.

(*d*) Derecho d, aubaine (derecho del fisco á la sucesion de un extranjero). V. Eichhorn, Deutsches Recht, § 75.

que no se separa tanto de los verdaderos principios sobre la materia.

A partir del siglo XVI fué cuando se constituyó esta doctrina (*e*). Desde el siglo XVIII tiene cada dia ménos partidarios en Alemania; pero se ha mantenido hasta ahora en Inglaterra, en América (*f*), y en Francia (*g*). Se relaciona dicha opinion con la distincion general que en estos países se acostumbra á hacer entre los bienes muebles y los inmuebles (§ 360, núm. 3).

C) Por último, la opinion que adopto y que lo hace depender todo del domicilio es desde el siglo XVIII, cada vez más generalmente admitida, principalmente en Alemania; ántes lo era sólo para la sucesion *abintestato* (*h*). Tiene por partidarios no solamente á los romanistas, como podría inducirse de la sucesion universal, sino á los germanistas que, por un justo sentimiento de la necesidad práctica, la han adoptado tambien (*i*), y la jurisprudencia de los tribunales superiores la ha consagrado con sus decisiones (*k*).

La base fundamental de esta doctrina es la naturaleza misma del derecho de sucesion, tal como ántes la he expuesto, base que existe tanto para el testamento, como para la sucesion *abintestato*. Pero hé aquí una consideracion especial á esta última sucesion. Descansa en general la sucesion *abintestato* en la voluntad presunta, es decir, tácita del difunto; no porque respecto á esta persona determinada y

(*e*) Un gran número de autores se citan en Wächter, II, p. 188, 192. Fœlix, p. 72, 85.

(*f*) Story, cap. XI, XII.

(*g*) Fœlix (nota *e*). Vinnio, sel. quæst., II, 19, dice otro tanto respecto á Holanda. Se aplica esto naturalmente al tiempo en que vivía.

(*h*) Wächter, II, p. 192, 198, y Schäffner, p. 130, citan un gran número de autores. Los más notables son: Puffendorf, I, Obs., 28; Glück Intestaterbfolge § 42, Martin, Rechtsgutachten der Heidelberg Facultät t. I, p. 175, 186. Wächter, que se adhiere á esta opinion, la justifica de la manera siguiente: por las leyes sobre sucesiones al Estado no procura arreglar la suerte de los objetos (de los bienes), sino la de los sujetos (las personas); por consiguiente, se hacen para los que pertenecen al Estado (los habitantes del mismo), y no se ocupan de la sucesion de los bienes pertenecientes á extranjeros. Es decir, en otros términos, que las leyes sobre la sucesion se consideran como estatutos personales, no como estatutos reales.

(*i*) Eichhorn, Deutches Recht, § 35; Mittermaier, Deut. Sches. Recht. § 32.

(*k*) Sentencia del Tribunal Supremo de Casel, 1840. Seuffert, Archiv. t. I, n. 92.

á sus relaciones individuales pueda considerarse esta voluntad como un hecho cierto, sino porque cada derecho positivo adopta la presuncion general que le parece más apropiada á las relaciones de familia. Se concibe muy bien que esta presuncion varíe segun las diversas legislaciones, pero no se concebiría que en un caso dado se presuman en el difunto diferentes voluntades para las diversas partes de sus bienes: por ejemplo, que haya querido tener respecto á su casa otro heredero que respecto á su finca rústica ó á su dinero efectivo, cuando no haya hecho declaracion expresa de ello (por testamento).

Respecto á la opinion intermedia (B) que establece una distincion entre los bienes muebles y los inmuebles, hé aquí todavía dos puntos de vista que pueden contribuir á conciliar las diversas opiniones.

Un autor moderno (*l*) censura á los que adoptan exclusivamente una ú otra opinion, añadiendo que una ú otra son verdaderas segun determinadas circunstancias. Así, en los países en que el derecho de sucesion (segun el principio romano) se trata como sucesion universal, el domicilio es decisivo para el conjunto de los bienes: en los países, por el contrario, tales como Inglaterra y América, donde no se admite el principio de la sucesion universal, la de los inmuebles debe regularse segun la *lex rei sitæ*. Se supone aquí que la adopcion ó no adopcion de la sucesion universal constituye una realidad distinta de donde puedan sacarse consecuencias sobre el asiento de la sucesion y sobre el derecho local que le es aplicable. Pero estas dos cosas son idénticas y la sucesion universal no es más que la forma jurídica, la expresion técnica que sirve para designar el punto de vista que refiere al domicilio el asiento de la sucesion, sin distincion de los bienes que la componen. Bien entendido lo dicho, hé aquí en qué términos debería formularse la distincion propuesta.

En los países y segun los autores que refieren el derecho de sucesion al conjunto de los bienes considerados como un todo único, la *lex domicilii* es igualmente decisiva para los inmuebles; no lo es si se coloca bajo otro punto de

---

(*l*) Schäffner, § 57-59; § 126-152.

vista. En este sentido la distincion no será ciertamente controvertida por nadie.

He aquí un argumento mucho más grave invocado con frecuencia en apoyo de la opinion intermedia *(B)*. Hay, se dice, ciertas clases de inmuebles respecto á los cuales la sucesion, por confesion de todo el mundo, debe regularse segun la *lex rei sitæ*: tales son principalmente, los feudos y los bienes gravados con sustituciones. Ahora bien, lo que se admite generalmente para esta clase de bienes debe, por via de consecuencia, aplicarse á todos los demas. Examinemos este argumento más de cerca.

Hay feudos y sustituciones, como el usufructo romano, que no forman parte de los bienes y por consiguiente no forman parte de la sucesion. Lo mismo sucéde absolutamente respecto á las sustituciones y á los feudos. El que posee una cosa gravada con sustitucion goza de los frutos durante su vida; pero este derecho termina con su vida y la cosa vuelve al propietario, á la familia en provecho de la cual ha sido establecida la sustitucion: únicamente que no es una propiedad libre que pueda vender ó dividir, como tiene lugar despues de la extincion del usufruto sino que el miembro de la familia designado por el acto constitutivo de la sustitucion se halla investido durante su vida del goce que se convierte en libre por la muerte del titular. Así pues, no pudiendo los feudos ni las sustituciones por su naturaleza depender de una sucesion, las leyes sobre las sucesiones, ya del país donde estaba domiciliado el poseedor difunto, ya del país donde están situados los bienes, no pueden alcanzar á los feudos ni á las sustituciones. Son estas instituciones de derecho peculiares á ciertos determinados inmuebles y dependen las mismas exclusivamente de la *lex rei sitæ* (§ 366-368, núm. 5). Este principio puede expresarse del siguiente modo: las leyes sobre la trasmision de los feudos y de los bienes sustituidos son estatutos reales; ó en otros términos: el legislador puede establecer reglas sobre los feudos y sobre las sustituciones respecto á los inmuebles situados en su territorio, pero no para los inmuebles situados en país extranjero, aunque sus poseedores actuales estuvieran domiciliados en su territorio.

En lo que toca á otras varias clases de inmuebles, la re-

lacion es algo diferente, pero el resultado permanece el mismo. Cuando la ley de un país, con el objeto de favorecer el mantenimiento de una clase de labradores ricos, ordena (sin atacar en nada á la propiedad y principalmente al derecho de enajenar) respecto á la sucesion de los bienes de labradores que el mayor ó el más joven de los hijos haya de ser el único heredero, la naturaleza de esta ley es la siguiente. Excluye la sucesion testamentaria, la division de los bienes y el derecho de las hijas á suceder en tanto que existen hijos. Es efetivamente esta una ley sobre las sucesiones; pero tiene fuera del dominio del derecho puro un fin político, y por consiguiente, reviste el carácter de una ley positiva rigurosamente obligatoria (§ 349). Semejante ley es un estatuto real que abraza todos los bienes de labradores situados en el territorio del legislador, sin tener en cuenta el domicilio del propietario actual de dichos bienes; pero no se extiende á los bienes de labradores que un nacional puede poseer en país extranjero. No se propone, pues, como hacen ordinariamente las leyes sobre sucesiones, regular de la manera más conveniente la suerte de los bienes despues de la muerte de los propietarios, sino que trata de alcanzar un fin político respecto á una clase determinada. Disposiciones semejantes con idénticas consecuencias existen respecto á los bienes de la nobleza con el fin de conservar las riquezas de las familias nobles. Tal era la ley de 1590 dictada en el ducado de Westphalia que excluía á las hijas del poseedor de la sucesion en los bienes nobles. La aplicacion de esta ley dió lugar en 1838 á un proceso célebre. Los tribunales superiores de Munster y de Berlin decidieron con razon que esta ley es un estatuto real aplicable á todos los bienes nobles situados en el ducado, cualquiera que fuese el domicilio de las personas llamadas á la sucesion (*m*).

Todos los casos aquí enumerados tienen de comun, á pesar de sus diferencias, que las leyes de que se trata se ocupan más bien de regular la suerte de ciertos inmuebles determinados ó de ciertas clases de inmuebles que de dis-

---

(*m*) El conde Bocholtz contra la señora Benningen; en Ulrich und. Sommer, Neues Archiv., t. VI, p. 476, 512. Los pasajes más decisivos de los motivos de la sentencia se encuentran en la p. 481, 507, 508.

tribuir convenientemente los bienes de un difunto; no deben pues ser consideradas como estatutos personales, sino como estatutos reales (*n*). De este modo se vé que nada he dicho que esté en contradiccion con la regla sentada más arriba tocante á la aplicacion de las puras leyes sobre sucesiones, y que nada hay en lo que precede que haga dudosa dicha regla.

Tratando de las diversas relaciones de derecho, hemos tenido hasta ahora que señalar el enlace íntimo que existe entre la jurisdiccion especial y el derecho local aplicable (§ 360, núm. 1). Podría esperarse encontrar aquí una relacion semejante, pero esto es inadmisible; por que respecto al derecho de sucesion no podría descubrirse otra localidad que la localidad general determinada por el dominio del difunto (§ 375).

En derecho romano (*o*) la peticion de herencia no pudo durante largo tiempo ser llevada más que ante la jurisdiccion del domicilio del demandado (*p*). La legislacion de Justiniano permite intentar tambien esta accion ante el *forum rei sitœ* (*q*). Pero esto significa únicamente que el que atenta á los derechos del heredero, poseyendo *pro herede* ó *pro possessore* uno de los bienes de la sucesion, puede ser perseguido en el lugar en que se encuentra la cosa, es decir, en el lugar en que se ejerce la posesion injusta que constituye la violacion del derecho (*r*). Pero es evidente que este lugar no podría determinar el derecho local de la sucesion, pues sería posible que los bienes de la sucesion estuviesen diseminados en localidades diferentes y poseidos con violacion

---

(*n*) Wächter, I, p. 364, se expresa en el mismo sentido.

(*o*) V. Bethmam-Hollweg, Versuche, p. 61, 69; Arndt's Beiträge, núm. 2.

(*p*) L. un. C., ubi de hered. (III, 20). Las palabras: «vel si ibi, ubi res hereditariæ sitæ sunt, degit,» significan: «la *hereditatis petitio* pertenece exclusivamente al *forum domicilii* del demandado y esta regla se aplica *aunque* (*vel* si ibi etc.), el demandado resida *durante algun tiempo* en el lugar en que están situados los bienes de la sucesion (si ibi *degit*).» Arnd's Beyträge, p. 122, 124.

(*q*) Nov. 69, C., 1, que tiene gran extension. La L. 3, C., ubi in rem (III, 19), bien interpretada, se aplica únicamente á la accion de la propiedad, no á las demás acciones *in rem*, y por consiguiente, no se aplica á la *hereditatis petitio*.

(*r*) La Nov. 69, C., 1, la remite siempre ante el tribunal del lugar en que ha sido violado el derecho. La L. 3, C., ubi in rem (si se le quiere

del derecho. Ahora bien, la sucesion en su conjunto ó su mayor parte no puede asignarse con certidumbre á un lugar determinado (§ 375), y en ninguna ley se aduce semejante lugar como motivo de una jurisdiccion especial. Es verdad que el derecho romano creó una jurisdiccion especial en materia de sustitucion en el lugar en que se encuentra la mayor parte de la sucesion (*s*); pero es evidente que una disposicion arbitraria y excepcional dictada para una institucion aislada no podría servir de regla general respecto al derecho local de la sucesion.

Varias legislaciones modernas colocan la jurisdiccion de la sucesion en el lugar en que esta se abre (*t*), es decir, en el último domicilio del difunto (*u*).

§ CCCLXXVII.—IV. *Derecho de sucesion. Diversas cuestiones de derecho.*

De igual manera que respecto á las obligaciones (§ 374), debemos examinar las diversas cuestiones jurídicas que pueden suscitarse á propósito del derecho local. Este exámen sólo es necesario en los casos en que la regla general que lo decide todo segun el domicilio en la época de la muerte parezca insuficiente (*a*).

1) De igual manera que la capacidad personal del testador respectiva á sus relaciones de derecho es exigida en dos épocas diferentes (*b*), lo puede ser tambien, en caso de cambio de domicilio, en dos localidades diferentes. Si, pues, le falta esta capacidad segun la ley del domicilio en que se hace el testamento, queda sin efecto éste, despues de un cambio de domicilio. El testamento no es tampoco válido si

---

aplicar á la *hereditatis petitio*) dice igualmente: «in locis, in quibus res... constitutæ sunt, *adversus possidentem* moveri.»

(*s*) V. § 370, notas *bb*, *ee*.

(*t*) Código de procedimiento, art. 59: «el tribunal del lugar en que ha sido abierta la sucesion.

(*u*) Prensz. Allg. Gerichtsordnung, I, 2, § 121, 125.

(*a*) Se pueden consultar las reglas que se exponen más adelante (§ 393, 395) referentes á la colision de tiempo entre leyes sobre sucesiones. Los detalles expuestos acerca de la naturaleza del testamento son aplicables á este punto.

(*b*) En la época en que se hizo el testamento, en la época de la muerte (§ 393).

esta capacidad faltaba al testador segun la ley del domicilio que tenía en el momento de su muerte, y hé aquí la razon. El acto de última voluntad debe considerarse como expresado en dos épocas diferentes y probablemente tambien en dos diferentes lugares: de hecho, en la época de su redaccion, en el lugar en que el testador estaba entónces domiciliado; de derecho, en la época de la muerte y en el lugar del domicilio de esta misma época (§ 393).

2) La capacidad personal del testador respecto á las condiciones físicas, la edad, por ejemplo, se regula segun la ley vigente en el domicilio del testador en el momento de redactarse el testamento, sin tener en cuenta los cambios ulteriores de domicilio.

3) El contenido del testamento y principalmente su validez ó su invalidacion legal se juzga segun la ley vigente en el último domicilio del testador. Este principio se aplica particularmente á las reglas sobre la desheredacion, la pretericion y la legítima; y lo mismo respecto á los legados y sustituciones. Sin duda que estos versan solamente sobre objetos particulares y limitados, de donde podría concluirse que la *lex rei sitœ* les es aplicable. Pero en realidad estas instituciones no son más que modificaciones secundarias de la sucesion en su conjunto y este conjunto es el punto de vista donde hay que colocarse para juzgar acertadamente. Si se les tratase con separacion se llegaría á las mayores contradicciones.

Leyes rigurosamente obligatorias pueden motivar excepciones á esta regla. Así, cuando un testamento grava con sustitucion una cosa situada en país extranjero, cuya ley no reconozca las sustituciones, debe el Juez atenerse á esta ley y declarar nula la cláusula del testamento.

La interpretacion de los testamentos se halla sometida á las mismas reglas que la interpretacion de los contratos (§ 374, B). Estas reglas nos remiten en general al último domicilio del testador *(c)*.

4) La capacidad personal de los llamados á obtener la sucesion en totalidad ó en parte (herederos ó legatarios) se regula segun su domicilio, no segun el del difunto; y se re-

---

(*c*) **Fœlix, p. 71.**

gula segun su domicilio en la época de la muerte, porque entónces es cuando se abre su derecho de sucesion.

Aquí tambien leyes rigurosamente obligatorias pueden motivar excepciones. Si, por ejemplo, el heredero instituido no puede, segun la ley de su país, recoger la sucesion por causa de muerte civil ó de heregía, impedimentos que no reconocen otras legislaciones, ó si existe una ley restrictiva sobre la adquisicion de bienes de manos muertas, en estos casos, no se aplica la ley vigente en el domicilio del heredero, sino la que está en vigor en el lugar donde resida el tribunal llamado á decidir, lugar que frecuentemente se encontrará ser el del domicilio del difunto § (349-365).

5) Hablaré más adelante de la forma de los testamentos cuando trate de la regla *locus regit actum* (§ 381).

6) Cuando la ley del lugar en que estaba domiciliado el testador en la época en que testaba no reconoce los testamentos, el suyo es y permanece nulo. Asi sucede tambien cuando la ley vigente en el último domicilo no los reconoce. Volvemos á encontrar, pues, aquí las mismas reglas que las ántes expuestas tocantes á la capacidad jurídica de la persona del testador (núm. 1).

7) La sucesion *abintestato* se regula segun la ley vigente en el último domicilio del testador en la época de la apertura de la sucesion (*d*); disposicion que se aplica principalmente al órden, segun el cual llama la ley á suceder á los herederos *abintestato*. Lo mismo sucede respecto á las condiciones del parentesco en general y, por consiguiente tambien la del parentesco resultante del matrimonio y de la legitimacion (*e*).

Los contratos sobre las sucesiones son extraños al derecho romano. Cuando se permiten, hállanse sometidos á las mismas reglas que los testamentos.

El contrato unilateral sobre la sucesion se juzga segun la ley establecida en el domicilio del testador. Lo mismo sucede con los contratos bilaterales. El hecho accidental de la supervivencia determina cuál de las partes debe ser considerada como testador. Esta regla se funda en la analogía

---

(*d*) Sobre la determinacion más exacta de esta época V. § 395.
(*e*) Wächter, II, p. 364.

con los testamentos, pero no aparece ménos fundada refiriéndola al derecho local de los contratos, pues el domicilio del difunto es el único que, respecto al conjunto de los bienes, puede ser considerado como el lugar de ejecucion de un contrato sobre la sucesion.

Cuando en uno de estos lugares vienen á cambiar las leyes tocantes á los contratos sobre sucesiones, se regula únicamente segun la ley en vigor en la época del contrato (§ 395).

El derecho de recoger una sucesion vacante (*bona vacantia*) debe considerarse como suplemento al derecho de sucesion: por consiguiente, se determina tambien segun la ley del domicilio del difunto, sin tener en cuenta la situacion de los bienes, ni áun de los inmuebles que se encuentran en país extranjero. En derecho romano el derecho de sucesion del fisco no se llama *hereditas*; pero se encuentra sometido absolutamente á las mismas reglas, de manera que el fisco puede hallarse respecto á los legatarios en la situcion de un verdadero heredero *(f)*. Independientemente de la cuestion del derecho local aplicable á los *bona vacantia*, vamos á examinar todavía cuál es el fisco que debe recoger estos bienes, el fisco del domicilio ó el del lugar en que dichos bienes están situados. Esta cuestion, en efecto, puede suscitarse entre dos países que sigan ámbos el derecho romano. Debe decidirse en favor del fisco del domicilio segun el motivo aducido para el derecho local, es decir, por la razon de que este derecho del fisco tiene la naturaleža jurídica de una herencia de la cual no le falta más que el nombre *(g)*.

§ CCCLXXVIII.—*IV. Derecho de sucesion.—Derecho prusiano.*

Autores:

Bornemann, Preussisches Recht, 2.ª ed., vol. I, p. 54-62.

Rintelen, Abhandlung, en Kamptz's Jahrbüchern, volúmen XXX, p. 89 y sig.

(f) Glück Intestaterbfolge, § 147, 150; Puchta, Pandekten, § 564.
(g) Glück, Intestaterbfolge, § 149.

Koch, Preussisches Recht, vol. I, § 40, núm. II.

Ergänzungen, etc. Von Gräff, etc. (Fünfmännerbuch), 2.ª ed., vol. I, p. 116-121.

Se ha suscitado un gran debate en nuestros dias sobre la cuestion de saber cuál sea, segun la legislacion prusiana, el derecho local aplicable al derecho de sucesion. ¿Es este, en general, como pretenden los dos últimos autores citados, el derecho del domicilio del difunto, ó respecto á los inmuebles, como sostienen los dos primeros autores, el derecho del lugar en que están situados los bienes?

Si consideramos el asunto bajo el punto de vista de los principios generales no debemos dudar en tomar por base el domicilio, conforme al derecho romano. Esta es la consecuencia rigurosa y necesaria de la sucesion universal tal como la entienden los romanos (§ 375); y no es esta una idea que prestemos á la legislacion prusiana, porque dicha idea forma ciertamente la base del conjunto del derecho prusiano sobre las sucesiones. Si existieran leyes prusianas en contradicion con este principio no podríamos considerarlas sino como una inconsecuencia.

Todo el debate versa realmente sobre la interpretacion del siguiente texto del Código (introduccion, § 32):

«En lo que toca á los bienes inmuebles se aplican las leyes de la jurisdiccion en cuyo territorio están situados estos bienes, sin consideracion á la persona del propietario.»

Si se da á esta prescripcion, presentada bajo una forma muy abstracta, toda la extension de que son susceptibles las palabras se puede encontrar en ella el sentido que le atribuyen los adversarios. Pero se trata de saber de qué manera debe ser entendida segun las reglas de una sana interpretacion. Ante todo, es preciso reconocer que esta prescripcion no se aplica en modo alguno á la sucesion por causa de muerte, sino á los actos entre vivos (*a*). Esto resulta de la redaccion del texto correspondiente á este en el proyecto impreso (introduccion, § 30):

«En lo que toca á los inmuebles, las leyes provinciales y los estatutos se aplican á todos los que se hallan situados

---

(*a*) Tal es tambien la opinion de Koch, Prenszisches Recht, § 40, nota 12, donde por una falta de impresion se lee § 23, en vez de 32.

en la provincia ó en el territorio de la jurisdiccion ordinaria, cualquiera que sea el domicilio del poseedor y cualquiera que sea el lugar en que se haya verificado el contrato relativo á estos inmuebles.»

Aquí evidentemente no se trata más que de actos entre vivos. Podría ahora pretenderse que el cambio de redaccion ha tenido precisamente por objeto dar una extension mayor á la prescripcion del Código. Pero si el legislador hubiese tenido esta intencion, la habría expresado ciertamente de una manera más clara. La redaccion nueva no tiene sin duda otro motivo que el sistema adoptado por los redactores del Código, los cuales creían dar una prueba de un gusto más puro expresando su pensamiento de la manera más abstracta posible.

Aunque no se limitara este texto á los actos entre vivos y lo extendiéramos á la sucesion por causa de muerte, encontraríamos todavía en sus mismos términos una restriccion importante. Evidentemente, no habla más que «de los estatutos en lo que toca á los inmuebles.» de las leyes «en lo que toca á los bienes inmuebles.» Ahora bien, ¿cuáles son las leyes de este modo designadas? Son sin duda alguna verdaderos estatutos reales, que se refieren *principaliter* á las cosas inmuebles; fraseología familiar á los redactores del Código, como los mismos adversarios reconocen (§ 361, *t*). Pero no podríamos atribuir este carácter á una ley sobre la sucesion *abintestato* ordinaria por el sólo motivo de que en la sucesion pueda haber tambien inmuebles. Sin embargo, este carácter se encuentra ciertamente en las leyes sobre la sucesion por causa de muerte, principalmente en las leyes sobre la tramitacion de los feudos, de los bienes sustituidos, etc. (§ 376). Estas leyes son efectivamente verdaderos estatutos reales y cuando les aplicamos nuestro texto obramos segun su verdadero espíritu, ora sus autores hayan pensado ó no en este objeto especial. Nuestro principal adversario declara que había entendido primero nuestro texto en el sentido de esta restriccion y que sólo más tarde le ha atribuido una extension mayor (*a* 1). Se

(*a* 1) Bornemann, p. 61.

engañaría mucho, no obstante, quien considerase esta restriccion como una tercera opinion intermedia.

Esta es nuestra entera y completa opinion, pues nadie ha pensado excluir de la *lex rei sitæ* la trasmision de los feudos, de los bienes instituidos, etc. La discusion estriba en sólo un punto: ¿Debe en la sucesion *abintestato* pura y ordinaria aplicarse á los inmuebles la *lex rei sitæ* como pretenden los adversarios? ¿No se la debe aplicar como queremos nosotros? No solamente se recomienda nuestra interpretacion por sus consecuencias, sino que existe un poderoso motivo para considerarla como verdadera, á saber, la increible dificultad que presenta ensu aplicacion la interpretacion opuesta.

Un ejemplo exclarecerá más el asunto. Un habitante de Berlin muere sin testamento dejando una viuda y varios parientes próximos. Sus bienes se componen de una finca rústica cerca de Berlin, de otra en Silesia, de una casa en Ehrenbreitztein, y de otra en Coblenza; por otra parte tiene varias deudas personales que naturalmente afectan todas las partes de sus bienes: segun la opinion de los adversarios, la sucesion de los inmuebles no estaría regulada por ménos de cuatro leyes que pueden crear herederos muy diferentes: en la marca de Brandebourg, la Joachimica de 1527 (*b*) respecto á las pretensiones de la viuda á la mitad del conjunto de los bienes de ambos esposos; en Silesia el Código prusiano (*c*); en Ehrenbreitztein, el derecho romano; en Coblenza el Código francés; de manera que habría en realidad cuatro sucesiones diferentes. En cuanto á los acreedores poco les importa la persona del heredero, supuesto que sean satisfechos; pero no se les puede satisfacer ántes de haber determinado judicialmente el valor de cada inmueble y su relacion con el conjunto de los bienes. Los adversarios pretenden que estas dificultades no deben detenernos (*d*). Comprenderia este lenguaje si se tratase de evitar á los jueces embarazos y dudas; pero las dificultades

---

(*b*) Corpus const. Marchicarum, publicado por Mylius, t. II, Abts. I, página 19.

(*c*) Desde la ley del 11 de Julio de 1845 que ha abolido todas las leyes provinciales de la Silesia sobre el derecho de sucesion.

(*d*) Bornemann, p. 62.

y el perjuicio recaen sobre las partes, principalmente sobre los acreedores ¿y con qué objeto? No con el fin de respetar un principio de derecho cierto, sino de mantener la interpretacion literal de un párrafo del Código que los adversarios deben por lo ménos reconocer como susceptible de otra interpretacion.

Esta circunstancia me parece que suministra el más fuerte argumento en apoyo de la interpretacion por mí adoptada, pues no es de ningun modo probable que el legislador haya querido establecer un principio que impondría á las partes interesadas, principalmente á los acreedores, entorpecimientos inútiles. Este principio puramente práctico me parece de mayor peso que el siguiente razonamiento formulado por los adversarios: en la época, dicen ellos, en que se redactó el Código, dominaba en la práctica la doctrina contraria; luego debe admitirse que el legislador se ha conformado con esta práctica, supuesto que no ha expresado claramente su intencion de separarse de ella (*e*).

Hé aquí, además, diferentes textos de la legislacion prusiana que se refieren á la cuestion que nos ocupa.

1) Respecto á la sucesion *abintestato* entre esposos, el Código dice en general que se le aplicará la ley local vigente en el domicilio del difunto (*f*) y una adicion hecha posteriormente se halla concebida en los siguientes términos:

«Apéndice al § 78. No se exceptúan de esta disposicion los bienes inmuebles de los esposos; aunque estén situados en otra jurisdiccion.»

Nada más sencillo y natural que considerar esta ley como una aplicacion particular de nuestro principio y por tanto, como su confirmacion. Los adversarios pretenden que se ha querido hacer una excepcion á la regla por ellos establecida; pero en vano es que traten de justificar este punto de vista por la historia del orígen de este texto (*g*).

(*e*) Un hecho notable es que ántes de la redaccion del Código, Puffendorf, aunque práctico había demostrado sábiamente la falsedad de este sistema (§ 376 *h*).

(*f*) A. L. R.. II, 1, § 495.

(*g*) Bornemann, p. 58-60. El § 78 del apéndice está tomado de una decision de la comision legislativa de 1794. Esta decision fué dictada por consecuencia de una demanda de la regencia de Cleves, en que la falsa doctrina se presentaba incidentalmente como verdadera para otros

2) Segun la doctrina de los adversarios, un sólo fallecimiento podría dar apertura á varias sucesiones; á cuatro, en el ejemplo citado más arriba. Es preciso entónces, para ser consecuente, admitir una jurisdiccion especial para cada una de ellas en el lugar de la situacion de los diversos inmuebles. Pero la ley prusiana no reconoce nunca más que una sola jurisdiccion respecto á la sucesion: el último domicilio del difunto (*h*), y por esto mismo reconoce que no puede nunca existir más que una sola sucesion.

3) Cuando se instituye un heredero y sin otra disposicion se le sustituyen varias personas que serían los herederos *abintestato* del heredero instituido, la sustitucion se interpreta segun las reglas sobre la sucesion *abintestato* y estas reglas son las establecidas por la ley en vigor en el domicilio del heredero instituido (*i*). Esto implica evidentemente que el domicilio determina de una manera exclusiva la sucesion *abintestato*, sin excepcion de los inmuebles que pueden encontrarse en otros lugares (*k*).

Observo, para terminar, que la doctrina aquí establecida ha sido adoptada por la mayor parte de los autores (*l*) y la mayoría de los tribunales (*m*).

§ CCCLXXXIX.—V. *Derecho de familia.*—A. *Matrimonio.*

El derecho de familia tiene mucha semejanza con el estado de la persona en sí (la capacidad de derecho y la capacidad de obrar, § 362) y se distingue de una manera

---

casos. La comision dió su dictámen sin entrar en la discusion de los motivos, y por esta causa, se dice, se halla adoptada la falsa doctrina, no habiéndose dictado la resolucion sino como excepcion simple. Los documentos relativos á esta cuestion están impresos en el Kleins Annalem, t. XIII, p. 3-6.

(*h*) Allg. Gerichtsordmung, I, 2, § 121.

(*i*) A. L. R. I, 12, § 536, 537.

(*k*) Bornemann, p. 60, para descartar este motivo, supone arbitrariamente que el testador no ha querido tener más que un sólo heredero sustituido.

(*l*) Este hecho ha sido reconocido por Bornemann, p. 54.

(*m*) Así ha sido reconocido por Borneman, p. 62. Citaré á este respecto una sábia sentencia del tribunal de Glogau de 1828 (Fünfmännerbuch, p. 118, 119). La sentencia más arriba citada (§ 376, *m*), está tambien conforme con la buena doctrina, si bien pueden señalarse varios errores en los motivos.

esencial de las relaciones concernientes á los bienes, relaciones que ponen á la persona en contacto con òbjetos exteriores arbitrariamente elegidos (*a*). Por otra parte, consideraciones morales y religiosas y consideraciones políticas ejercen sobre este derecho una gran influencia, motivo por el cual se encuentran en su dominio muchas leyes positivas que tienen un carácter rigurosamente obligatorio.

A) Matrimonio.

El verdadero asiento del matrimonio no dá lugar á dudas de ninguna especie; reside en el domicilio del marido á quien el derecho de todos los tiempos ha reconocido como el jefe de la familia (*b*). Este domicilio, es pues, el que determina el derecho local del matrimonio; el lugar en que éste se ha celebrado no tiene aquí ninguna influencia (*c*)

Varios autores han puesto en duda esta última proposicion por considerar el matrimonio como un contrato obligatorio y tener costumbre de determinar el derecho local de los contratos de esta clase por el lugar en que se habían convenido. Desde luego, el primero de estos puntos de vista es falso, porque el matrimonio nada tiene de comun con los contratos obligatorios; además, aunque fuera verdadero tendríamos que determinar el derecho local, no segun el lugar en que el matrimonio se ha convenido, sino segun el lugar de su ejecucion (§ 372). Ahora bien, el domicilio del marido es ciertamente el lugar en que reciben su ejecucion las obligaciones que resultan del matrimonio.

1) Las condiciones de posibilidad del matrimonio, ó en sentido inverso, los impedimentos para el matrimonio, se fundan en parte en las calificaciones personales de cada uno de los esposos y en parte sobre las relaciones que existen entre ambos. Segun los principios generales podía suponerse que la capacidad personal de la mujer se juzga segun el derecho de su domicilio (§ 362).

Pero en esta materia, las leyes descansan en considera-

(*a*) V. t. I, § 53.

(*b*) L. 5, de ritu nupt. (XXIII, 2): «... deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, *quasi in domicilium matrimonii.*» No es esta una ley romana, ni tampoco una prescripcion positiva, sino el reconocimiento de una relacion fundada en la naturaleza del matrimonio.

(*c*) Huber, § 10; Story, § 191-199.

ciones morales y son rigurosamente obligatorias, de igual manera que los impedimentos para el matrimonio establecidos por la ley del domicilio del marido subsisten absolutamente, cualquiera que pueda ser, por otra parte, la ley del domicilio de la mujer ó del lugar de la celebracion del matrimonio. Esta regla se aplica principalmente á los impedimentos fundados en el parentesco ó en compromisos religiosos (*d*).

2) Las formalidades necesarias para la celebracion del matrimonio no se regulan necesariamente, segun el lugar ántes mencionado.

Volveré más adelante (§ 381) sobre este asunto.

3) Una cuestion importante y muy controvertida es la de saber con arreglo á qué ley se juzga el derecho de los bienes en el matrimonio; pues precisamente en esta materia difieren las leyes singularmente unas de otras. En cada caso particular se trata de decidir entre el régimen dotal (romano) y la comunidad de bienes (sistema germánico). Pero el régimen dotal unas veces es puramente romano, otras veces experimenta modificaciones que se han extendido mucho en Alemania. La comunidad de bienes existe igualmente con gran diversidad de grados.

Todos están de acuerdo respecto al principio de que el derecho de bienes en el matrimonio se determina segun el domicilio del marido (*e*) y no segun el lugar en que el matrimonio se ha celebrado. Hay, sin embargo, entre los que admiten el principio gran divergencia de opiniones.

Muchos pretenden que los bienes situados en otros países no están regidos por este principio, sino por la ley *lex reisitæ* (*f*); lo cual es un error, porque la *lex domicilii* debe aplicarse igualmente á los bienes situados en otro país (*g*). Siendo aquí la decision la misma que respecto al derecho de sucesion podría pretenderse atribuirle el mismo motivo.

(*d*) Wächter, II, p. 185, 187, Schäffner, § 102, 103. Sobre este punto varía mucho la practica, segun los países. Story. § 79 y sig.

(*e*) P. Voet., Sect. 9, C. 2, § 5, 6, Wächter, II. p. 47, Fœlix, p. 127.

(*f*) P. Voet., Sect. 4, C, 3, § 9; J. Voet., in Pand., XXIII, 2, § 60; Hommel, Rhaps. Obs., 175, 409, n. 15; Story, § 186, 454.

(*g*) Hert., § 46; Wächter, II, p. 48; Fœlix, p. 127-129; Schäffner, § 106, 107. Esto es lo que decide el Código prusiano (A. L. R., II, 1, § 365-369).

refiriendo el asunto á una clase de sucesion universal (§ 376). Pero no es de este modo como deben considerarse las instituciones que nos ocupan, y principalmente la dote, que comprende todos los bienes de la mujer. Hé aquí, más bien, el verdadero motivo de esta decision. La eleccion del derecho local se relaciona con preferencia con la sumision voluntaria (§ 360, núm. 2); ahora bien, es inverosimil que los esposos hayan querido subordinar la regla sobre las relaciones de sus bienes á una circunstancia enteramente accidental, á saber: la situacion de una parte de sus bienes en otro país. La diversidad del derecho aplicable á las diferentes partes de los bienes podría traer complicaciones é incertidumbres á que no es presumible que las partes hayan querido exponerse.

Un segundo objeto de discusion es el caso en que durante el matrimonio cambie el marido de domicilio (g^1).

Unos piensan que el derecho local del primer domicilio subsiste en todo tiempo, y que, por tanto, no puede cambiarse por la eleccion de un domicilio nuevo. Se aduce ordinariamente como motivo que el hecho del matrimonio implica la convencion tácita de que los bienes de los esposos estarán siempre regulados segun la ley vigente en el domicilio del marido en la época de la celebracion del matrimonio (*h*). Por mi parte, considero esta opinion como verdadera y examinaré más adelante el motivo en que se apoya.

Otros no admiten convencion tácita y pretenden que los bienes de los esposos están siempre sometidos á la ley del domicilio; de donde procede que en el caso de un cambio del mismo, el derecho de este domicilio resulta inaplicable, y de este modo todo cambio de domicilio puede determinar la aplicacion de un derecho nuevo (*i*).

(g^1) Esta es la importante cuestion que me había reservado discutir más tarde (§ 344, *e*).

(*h*) P. Voet., Sect. 9, C., 2, § 7; 3, Voet, in Pand., XXIII, 2, § 87; Hert., § 48, 49; Pufendorf, II, Obs., 121; Wächter II, p. 49-55; Schäffner, § 109-114; Fœlix, p. 130, 132, Bülow und Hagemann, Erörterungen, t. VI, núm. 24; Pfeiffer, Praktische Ausführungen, t. II, num. 6: sentencias de los tribunales de Celle (1836) y de Munich (1845), en Seuffert, Archiv, t. I, n. 152.

(*i*) Eichhorn., Dentsches Recht, § 53, *g*, § 307, *d*, § 310, *e*, *f*; Story, § 187. Se citan otros autores en Wächter, II, p. 49.

Otros, en fin, adoptan una opinion intermedia; no admiten tampoco la convencion tácita, y consideran el derecho del domicilio como único decisivo, pero bajo la reserva de que respecto á los bienes existentes en el momento del matrimonio el derecho permanece inmutable (como *jus quæsitum)*, y de que los bienes adquiridos posteriormente son los únicos regidos por la ley del nuevo domicilio (*k*).

Examinemos ahora más de cerca los motivos de estas opiniones. La primera se recomienda evidentemente por un justo sentimiento de derecho. Antes del matrimonio, la mujer era libre para no contraerlo ó para someterse á ciertas condiciones en cuanto á los bienes. No realiza un contrato de este género, pero acepta la ley establecida en el domicilio del marido, y naturalmente cuenta con su duracion. Ahora, el marido, por el sólo hecho de su voluntad, cambia de domicilio, como puede hacerlo incontestablemente; desde entónces establece para los bienes de los esposos un derecho enteramente nuevo. Si la mujer aprueba este cambio, nuestra cuestion pierde su importancia, porque el derecho de bienes podia ser modificado por contrato. Pero tiene una gran importancia la cuestion cuando el cambio es perjudicial para la mujer y ésta no lo aprueba. Precisamente, para impedir que la sola voluntad del marido pueda perjudicar de este modo los derechos de la mujer, han admitido los partidarios de la primera opinion la existencia de un contrato tácito. Los adversarios se han detenido ante esta presuncion, no sin fundamento; pero puede llegarse al mismo resultado abandonando el contrato tácito. En efecto, se entiende por contrato tácito ó expreso una declaracion de dos voluntades conformes, y por consiguiente, ambas partes deben tener conciencia distinta de ella (*l*). Ahora bien, cuando se celebra un matrimonio, ¿puede admitirse en los dos cónyuges, y principalmente en la mujer, un conocimiento positivo del derecho de bienes? No, evidentemente, y por tanto, la presuncion general de un contrato tácito es inadmisible. Pero debemos admitir siempre como funda-

---

(*k*) Kierulff, p. 78, 79 (al final de la nota); Puchta, Pandeckten, § 113 y Vorlesungen, § 113. V. Wächter, II, p. 50 (nota 264) y p. 54, él mismo se adhiere á la primera opinion.

(*l*) V. II. p. 236, 237.

mento del derecho local la sumision voluntaria, la cual puede expresarse negativamente por la ausencia de contradiccion (§ 360, núm. 2). Ahora bien, esta sumision al derecho local del nuevo domicilio sólo existe en el caso arriba supuesto de un desacuerdo entre los dos esposos; y en su consecuencia no se encuentra motivada la modificacion del derecho, ni áun bajo el punto de vista de los adversarios que consideran la ley y no el contrato como determinante del derecho local. De este modo en realidad llegamos por otro camino al mismo punto donde nos llevaría la admision de un contrato tácito *(m)*.

Hemos supuesto el caso en que el nuevo derecho de bienes resultante del cambio de domicilio sea perjudicial á la mujer, y, por consiguiente, contra su voluntad. Sin duda este caso hace resaltar más fuertemente las consecuencias injustas de la opinion que combato, pero no es el único. Cuando es enviado un funcionario á una provincia donde los bienes de los esposos se hallan regidos por un derecho diferente, este cambio de domicilio se verifica sin intervencion de su voluntad y la modificacion del derecho puede no convenir á ninguno de los dos esposos. Y, sin embargo, se verían algunas veces forzados á sufrirlo ó á recurrir para sustraerse á él á actos difíciles y dispendiosos. Pero hé aquí una consideracion que justifica mejor todavía la doctrina que trato de sentar. Cuando el legislador regula el derecho de bienes entre esposos, ¿qué personas tiene en cuenta directamente? Ciertamente tiene en cuenta los esposos que viven bajo sus leyes, y para ellos formula las reglas que juzga en sí mejores ó las más apropiadas á las costumbres y á los usos del país ¿Pretende tambien imponer estas reglas á los que, casados en otra parte, vienen á establecerse en sus dominios? No tenemos motivos para admi-

(m) Este motivo de la primera opinion, que basta para refutar varios de los adversarios citados se encuentra ya en Schäffner, § 114. Se podría designar la divergencia de los puntos de vista y la conciliacion aquí propuesta, diciendo que se atribuye más bien la naturaleza de un contrato ficticio, que la de un contrato tácito al derecho del domicilio primitivo; contrato ficticio semejante al *pignus tacite contractum*, donde no se indaga si las partes han tenido clara conciencia de sus actos. Aquí existe sólo diferencia en cuanto á los términos: el punto esencial consiste en el derecho determinado de cada parte, independiente de la voluntad arbitraria de la otra.

tir una intencion que se hallaría en contradiccion directa con su objeto principal, tal como acabo de indicarlo. Si, pues, es probable que la ley no haya tenido en cuenta los esposos meramente domiciliados, el argumento de los adversarios pierde para ellos toda su fuerza.

Una vez admitida la verdad de los principios que acabo de sentar, la segunda y la tercera opinion se encuentran implícitamente condenadas. La segunda, particularmente, se manifiesta dura é injusta, por demás, respecto á los bienes adquiridos. Cuando en un país en que la ley admite la comunidad de bienes en toda su extension, se casa un hombre rico con una mujer pobre, el sólo hecho de la celebracion del matrimonio pone en comun los bienes de ambos esposos. Si más tarde el marido traslada su domicilio á un lugar donde la ley prescribe el régimen dotal, con arreglo á la segunda opinion la mujer perdería inmediatamente y contra su voluntad la porcion de bienes por ella adquirida. Precisamente para rechazar esta consecuencia injusta ha sido imaginada la tercera opinion.

Pero independientemente de lo contradictoria que es con los principios, esta opinion tiene además el vicio de todos los términos medios. Si se regulan los bienes adquiridos por la ley del antiguo domicilio y los futuros por la ley del domicilio nuevo, resultarían de aquí complicaciones y contradicciones que no se podrían prever y que serían igualmente contrarias á los intereses y á los deseos de las partes.

La segunda opinion debería ser admitida, sin duda, cuando existía en el nuevo domicilio una ley rigurosamente obligatoria y exclusiva respecto á los bienes de los esposos; como, por ejemplo, si una ley prohibiese contraer matrimonio que no estuviese sujeto al régimen dotal, y hacer efectivas las convenciones matrimoniales diferentes verificadas en otro país, ó si prescribiese exclusivamente la comunidad de bienes *(m¹)*. No vamos á indagar aquí si existen realmente semejantes leyes.

La ley prusiana reconoce en general la doctrina que acabo de establecer, la cual considera como aplicable siempre

---

(m¹) Wächter, II, p. 65, 362, § 350-355.

el derecho local vigente en el domicilio del marido en la época de la celebracion del matrimonio, salvo dos modificaciones secundarias respecto al caso en que los esposos casados bajo el régimen dotal, trasladasen su domicilio á un lugar en que rigiese la comunidad de bienes (*n*).

4) Las leyes que restringen la liberalidad de un esposo respecto al otro piden una mencion particular y principalmente la prohibicion del derecho romano que se opone á toda donacion entre esposos.

En esta materia se aplica la ley del domicilio, no del domicilio positivo, si no del que existe cuando se verifica la liberalidad. El motivo de esta decision, contraria á los principios anteriormente establecidos, es que teniendo estas leyes por objeto mantener la fuerza de las costumbres en el matrimonio son, por esto mismo, rigurosamente obligatorias (§ 349).

Si se compara este caso con el tratado precedentemente (3), no podrá pretenderse que se equipare al primero el caso en que habiéndose verificado el matrimonio en un país de derecho romano y habiendo trasladado despues á otra parte su domicilio, convengan tácitamente los esposos que no podrán hacerse donaciones válidas. Esta prohibicion es una pura restriccion de la libertad que los esposos deben suplir y no una institucion á que se someten voluntariamete por el hecho del matrimonio.

Por otra parte, no debe admitirse que las leyes de que se trata se apliquen á todos los inmuebles situados en el país cuando están poseidos por esposos que habitan un pais donde no existe esta restriccion de la libertad (*o*). En efecto, el objeto de estas leyes no es proteger los bienes contra un perjuicio que pudiera ocasionarles una donacion entre esposos, si no como ya se ha dicho, de mantener la pureza de las costumbres en el matrimonio. Así, pues, el legislador dispone respecto á los esposos sometidos á sus leyes, sin tener en cuenta la situacion de sus bienes.

5) La sucesion *abintestato* entre esposos se regula,

(*n*) A. L. R.; II, 1.
(*o*) Tal es la opinion de Rodenburg, tít. 2, C., 5, § 1; de J. Voet., in Pando XXIV, 1, § 19; Meier, p. 44.

como la de los extranjeros, segun el último domicilio del difunto. Pero con frecuencia pueden suscitarse dudas sobre la cuestion de saber si la reclamacion del esposo superviviente se funda en la sucesion *abintestato* propiamente dicha ó no es más que una simple continuacion de lo que existía durante el matrimonio (la comunidad de bienes.) En el primer caso, se seguiría la ley del último domicilio: en el segundo, la del domicilio en que se contrajo el matrimonio, como he manifestado ántes (núm. 3).

Esta duda podría suscitarse principalmente con motivo de la Joachimica vigente en la marca de Brandeboug, de que he hablado anteriormente (§ 378, *b)*. Aquí, el derecho del esposo superviviente á la mitad del conjunto de los bienes debe ser considerado como derivacion de la sucesion *abintestato*, no como consecuencia de una clase de comunidad, y, por consiguiente, se regula segun el último domicilio. Así resulta de la relacion que la ley establece entre este derecho de la mujer y las demás partes de la sucesion *abintestato*. Este derecho es, pues, absolutamente de la misma naturaleza que las instituciones del derecho romano, *bonorum possessio unde vir et uxor* y sucesion del esposo superstite indigente.

6) El divorcio se distingue de las instituciones relativas á los bienes de que acabo de hablar, en que las leyes sobre esta materia se refieren al elemento moral del matrimonio; por consiguiente tienen el carácter de leyes rigurosamente obligatorias. Así, pues, el juez llamado á decidir sobre un divorcio no puede más que seguir las leyes de su país, sin tener en cuenta las demás relaciones de los esposos (*p*). Pero este principio nos remite á la ley vigente en el domicilio del marido pues en él únicamente se coloca la jurisdiccion competente para conocer del divorcio.

En este punto es preciso entender por domicilio el domicilio actual y no el que existía en la época de la celebracion del matrimonio, como cuando se trata de los bienes. En efecto, de la ley del antiguo domicilio no ha podido dar á ninguno de los esposos el derecho ni aun la esperanza legítima de obtener más tarde el divorcio, puesto que las leyes sobre esta materia corresponden, como se ha visto, á otro

---

(*p*) V. § 349. Schäffner, § 124, y Wächter, II, p. 184-188, son en el fondo de la misma opinion.

órden de ideas. Sobre todas estas cuestiones existen las mayores divergencias tanto entre las opiniones de los autores como entre las decisiones de los tribunales (*q*).

§ CCCLXXX.—V *Derecho de familia.*—B. *Poder paterno.*— C. *Tutela.*

B) Poder paterno.

El poder paterno constituido por el nacimiento de un hijo durante el matrimonio y las controversias á que este hecho puede dar lugar, se juzgan segun la ley de la localidad en que el padre tenía su domicilio en la época del nacimiento del hijo.

En cuanto á las relaciones de bienes entre el padre y los hijos, se juzgan segun la ley del domicilio actual del padre; de manera que un cambio de domicilio puede determinar la modificacion de estas relaciones (§ 396, II).

La legitimacion por subsiguiente matrimonio se regula segun el domicilio del padre en la época de la celebracion del matrimonio, siendo del todo indiferente la época del nacimiento del hijo. Es verdad que se ha pretendido que esta última época debía ser tomada en consideracion, por la razon de que en el momento del nacimiento existe para el hijo una cierta relacion de derecho, la cual adquiere su completa eficacia por el matrimonio subsiguiente del padre y de la madre; y se añade que sin esto el padre podría elegir arbitrariamente ántes del matrimonio un domicilio perjudicial al hijo (*a*). Pero, en realidad, no podría tratarse de los derechos de semejante hijo, ni de la violacion de estos derechos; pues no solamente es el padre perfectamente libre de no casarse con la madre de su hijo, sino que lo es tambien, áun casándose con ella, de no reconocer al hijo. En ninguno de estos dos casos adquiere este el derecho de legitimidad; porque es imposible una verdadera prueba de filiacion fuera del matrimonio, y en su consecuencia, el libre reconocimiento al lado é independientemente del matrimo-

(*q*) **Schäffner, § 118-125, Storg, cap, VII.**
(*a*) **Schäffner, § 37.**

nio puede únicamente conferir al hijo los derechos de un nacimiento legitímo *(b)*.

En todas partes donde rige el derecho inglés se reconoce que la influencia del poder paterno y de la legitimacion sobre los inmuebles situados en otro país no se juzga segun la *lex domicilii*, sino segun la *lex rei sitæ* (c).

C) Tutela.

La tutela difiere esencialmente de las diversas instituciones de que hasta aquí se ha hablado. Únicamente en el derecho romano primitivo podía ser considerada como una relacion de puro derecho privado. Pero despues, el carácter exclusivo que reviste hoy en el derecho comun de Alemania y en otras legislaciones se ha ido pronunciando constantemente cada vez más.

La tutela no nos aparece ya al presente más que como el ejercicio de la proteccion que el Estado puede y debe conceder á la clase más numerosa é importante de los que no pueden protejerse á sí mismos, los impúberos y los menores. Así entendida, la tutela pertenece esencialmente al derecho público y no entra más que por algunas de sus consecuencias en el dominio del derecho privado. Esto nos explica tambien por qué el derecho que rige la tutela no sólo varía segun los países, sino que además en el mismo país se trata más libremente por los funcionarios públicos que las relaciones de puro derecho privado. Estas diferencias se manifiestan no sólo en las reglas del derecho, sino tam-

(*b*) Tales son las prescripciones del derecho comun. En derecho romano este principio aparece con ménos claridad, porque la legitimacion no era permitida más que respecto á hijos nacidos de una concubina (*naturales*), y, por tanto, la paternidad era un hecho casi tan cierto como para los hijos de un matrimonio. Actualmente no tenemos ya hijos *naturales*, sino solamente *spurii* y para ellos depende todo ciertamente del reconocimiento libre del padre. A la verdad, el derecho prusiano reconoce la prueba de la simple cohabitacion en una determinada época ántes del nacimiento. (A. L. R., II, 1, § 107). Sin embargo, en el caso de legitimacion por subsiguiente matrimonio, los derechos de la legitimidad no comienzan hasta el momento de la celebracion del matrimonio (A. L. R. II, 2, § 599). Así, segun el espíritu del Código prusiano, debe rehusarse la legitimacion cuando ántes del matrimonio traslada el padre su domicilio á un país regido por el derecho comun y se niega á reconocer al hijo,

(*c*) Story, § 456, § 87. Schäffner, § 39, combate con razon esta doctrina.

bien en la determinacion del derecho local que suministra las reglas.

Paso á la discusion de las cuestiones de derecho más importantes en esta materia.

1) Constitucion de la tutela.

Se admite con razon, como principio, que el derecho local del domicilio del impúbero, el cual coincide ordinariamente con el último domicilio del padre difunto, determina la constitucion de la tutela, y que esta tutela abraza igualmente los bienes del pupilo situados en otros lugares (*d*). Sin embargo este principio no es absoluto.

Primeramente, cuando los inmuebles del pupilo están situados en otra jurisdiccion, ó en país extranjero, puede suceder que se constituya una tutela especial para esta parte de los bienes, de manera que el mismo pupilo puede tener varios tutores en localidades diferentes (*e*). Ya en derecho romano encontramos algo parecido á esto. A la verdad, la tutela testamentaria y la tutela legal no estaban sometidas á estas diferencias locales; pero cuando el Magistrado debía dar un tutor á un pupilo cuyos bienes estaban situados en lugares diferentes, nombraba tutores especiales para las jurisdicciones soberanas, para las *res italicœ*, y para las *res provinciales* (*f*). Segun la legislacion prusiana no hay ordinariamente más que una sola tutela para el conjunto de los bienes, constituida segun el derecho local del domicilio del padre; los cambios ulteriores de domicilio no tienen aquí influencia más que por excepcion. Respecto á los bienes situados fuera se pueden establecer tutores especiales, que deben ponerse en relacion con la tutela propiamente dicha (*g*). Los tratados concluidos por Prusia con estados vecinos establecen que la tutela sea constituida segun el domicilio del pupilo; si este posee inmuebles en otro estado los tribunales de este estado tienen la facultad de someter estos inmuebles á la tutela general, ó de establecer

---

(*d*) P. Voet; Sent. D. C., 2 § 17; J. Voet., in Pand., XXVI, 5, § 5; Schäffner, § 41.

(*e*) V. los autores citados en la nota *d*.

(*f*) L. 39, § 8, de admin. (XXVI, 7); L. 27, pr., de tutor et cur. (XXVI, 5).

(*g*) A. L. R. II, 18, § 56, 81-86.

para ellos una tutela especial (*h*). En los países regidos por el derecho inglés la jurisprudencia es muy incierta, porque este derecho admite tutelas parciales y especiales, no sólo para los inmuebles, sino tambien para los muebles situados fuera (*i*).

Además, independientemente de la situacion de los bienes, necesidades individuales pueden exigir una derogacion completa del principio, principalmente cuando segun las relaciones de familia, el último domicilio del padre no debe tener ninguna influencia sobre el estado futuro del pupilo. Un ejemplo tomado de la vida real exclarecerá este punto. Un padre de familia muere en su domicilio, en Bonn, donde tenía el centro de sus bienes y principalmente varios inmuebles. En cumplimiento del testamento de su padre los hijos trasladaron inmediatamente su domicilio á casa de un lejano pariente, fuera de los estados prusianos. Por su testamento había el padre, además, nombrado tutor y con poderes muy extensos á un habitante de Berlin, que tenía toda su confianza. Con arreglo al principio más arriba sentado habría debido constituirse la tutela y administrarse en Bonn, segun la ley francesa. Pero el ministro de justicia, como investido de la alta vigilancia de las tutelas en todo el estado, trasladó la tutela á Berlin, de manera que se encontró por último sometida al colegio de los pupilos de Berlin y consiguientemente al derecho prusiano.

2) Administracion de la tutela.

No es dudoso que la administracion de la tutela no se regula segun la ley del tribunal en cuyo territorio ha nacido la tutela y se ejerce. La duda sólo se presenta en el caso en que entre los bienes del pupilo se encuentran inmuebles situados fuera y que estén confiados á la tutela general, no á una tutela especial, como puede hacerse segun se ha visto (núm. 1).

En este punto pretenden varios que segun la práctica generalmente adoptada respecto á estos bienes y principalmente para su enajenacion, debe seguirse la *lex rei sitæ*, de manera que la administracion de la misma tutela estaría

---

(*h*) Tratado con el reino de Sajonia, 1839, art. 15; tratados semejantes con otros Estados (V. § 348).

(*i*) Schäffner, § 41, Story, § 492 y sig.

sometida á diferentes leyes (*k*). Esto implica evidentemente que la ley sobre enajenacion de los bienes de los pupilos es un estatuto real. Esta decision es contraria á los principios y además no se encuentra conforme, como se pretende, con la práctica generalmente adoptada.

Desde luego es contraria á los principios. Cuando una ley ordena que los bienes de los pupilos serán vendidos bajo ciertas condiciones, una venta en subasta pública, un decreto judicial, etc., su objeto no es proporcionar garantías necesarias para la seguridad de la trasmision de estos bienes, ó un medio de aumentar sus productos, lo cual respondería al carácter de un estatuto real; su objeto es dar á la persona de los pupilos la proteccion que necesitan. Hé aquí por qué somete á ciertas formalidades la enajenacion de sus bienes; la observancia de estas formalidades puede únicamente dar á la enajenacion verificada por el tutor la misma eficacia que si hubiera sido hecha por un mayor. Semejante ley tiene por objeto completar los actos del tutor, por lo que es un estatuto personal y no un estatuto real. En otros términos: el legislador dispone para los menores sometidos á su proteccion y para los inmuebles situados en sus dominios.

Además, la práctica general es más fácil de alegar que de ser probada, como todas las afirmaciones de este género. Voy á referir aquí un caso que arroja mucha luz sobre el asunto que nos ocupa (*l*). Un menor perteneciente á una familia distinguida vivía en Baviera donde estaba sometido á la tutela. Poseía en las provincias del Rhin, de Prusia, inmuebles respecto á los cuales se había establecido una tutela especial. Los tutores bávaros vendieron estos bienes privadamente, sin adjudicacion pública. Llegado á la mayor edad, el antiguo propietario atacó la venta como nula porque no habían sido observadas las leyes francesas sobre enajenacion de bienes de menores (*m*).

(*k*) Schäffner, § 41. P. Voet., Sect. 9, C. 2, § 17, muestra más circunspeccion, aconseja al tutor hacer autorizar la enajenacion por un decreto de dos tribunales.

(*l*) Decreto del tribunal de casacion de Berlin de 1847, en el negocio Bassenheim *contra* Raffanf. V. Seuffert, Archiv. t. II, núm. 2.

(*m*) Código civil, art. 457, 460. Exige, 1). Deliberacion del consejo de

Esta reclamacion fué rechazada en todas las instancias, porque las disposiciones de la ley francesa forman un todo indivisible del cual varias partes constitutivas (el consejo de familia y la subrogacion de tutor) son absolutamente inaplicables á las tutelas establecidas en otros países. Así, pues, estas leyes rigen en general respecto á las tutelas constituidas bajo el imperio de la legislacion francesa y no respecto á todos los inmuebles situados en países que siguen esta legislacion.

Los tratados citados más arriba (nota *h)*, concluidos por Prusia con estados vecinos, dan al tutor que administra bienes situados en otros países las siguientes instrucciones: «en todos los negocios relativos á estos inmuebles debe seguir las prescripciones legislativas vigentes en el lugar en que están situados.» Si se diera á este texto toda la extension de que son susceptibles sus palabras, abrazaría las condiciones establecidas para las enajenaciones del tutor y estaría en contradiccion con la decision judicial ántes recordada. Creo que puede atribuirse á este texto una falta de precision, y que no se aplica á las leyes sobre la tutela, sino únicamente á las disposiciones generales sobre enajenacion de inmuebles, tales como la imposicion de una hipoteca, la autorizacion de los tribunales, las notificaciones, etc.

3) Tenemos, por último, que hablar de las relaciones de derecho personales del tutor.

La ley vigente en el domicilio del tutor es la única que puede decidir sobre la obligacion de aceptar la tutela y sobre las causas que pueden dispensar de ella.

En cuanto á las obligaciones que contrae el tutor en la administracion de la tutela deben aplicarse los principios más arriba sentados sobre la jurisdiccion y el derecho local que con ella se relaciona (§ 370, núm. 2; § 372).

Cuando el Juez encargado de la vigilancia de la tutela no es el juez personal del tutor ni aquel á quien se debe atri-

---

familia homologada por el tribunal de primera instancia, 2) venta pública en presencia del tutor subrogado (nombrado por el consejo de familia, art. 420) por subasta celebrada ante un miembro del tribunal ó un notario comisionado al efecto.

buir especialmente *el forum gestœ administrationis* se ha pretendido recientemente que, para facilitar la gestion de los negocios, debía ser considerado siempre como competente (*n*). De este modo generalizada esta decisiones muy grave, pues debe siempre tenerse en cuenta la organizacion judicial de cada país; pero además no podría con frecuencia ponerse en ejecucion como, por ejemplo, cuando el tribunal encargado de la vigilancia de la tutela no tiene jurisdiccion civil ordinaria.

§ CLCLXXXI.—*Forma de los actos iurídicos.* (*Locus regit actum.*)

Despues de haber examinado sucesivamente las diversas relaciones de derecho en lo que toca al derecho local aplicable, réstame hablar de una regla especial cuyo estudio he dejado para el final de esta indagacion, porque se aplica á la mayor y á la más importante parte de las relaciones de derecho de que se ha tratado precedentemente.

Esta regla versa sobre las formas positivas á que la declaracion de voluntad se concreta ordinariamente en los actos jurídicos (*a*). Se presentan aquí frecuentemente colisiones entre diferentes derechos locales y colisiones de varias clases. Una ley puede ordenar una forma positiva como imperiosamente necesaria y otra no ordenarla, de igual manera, las dos leyes pueden imponer formalidades, pero formalidades diferentes. En todos estos casos se presenta la cuestion de saber cuál es el derecho local aplicable á la forma de un acto jurídico determinado; dependiendo de su solucion frecuentemente la validez ó nulidad del acto.

Si consideramos la cuestion bajo el punto de vista general en que nos hemos colocado en el curso de esta indagacion no resulta dudosa la contestacion. Parece que la forma del acto jurídico debe ser regulada por el derecho local á que se halle sometido este acto segun las reglas prudentemente expuestas. Así, deberían hacerse los contratos segun las formas legales exigidas en el lugar de la ejecucion, los testamentos segun las formas usadas en el domicilio del

(*n*) Muhlenbruch, Archiv., t. XIX, p. 362, 365.
(*a*) Sobre la naturaleza de estas formas, V. t. III, § 130. 131.

testador, los matrimonios segun las formas prescritas en el domicilio del marido. La observacion de esta regla no ofrece duda ni dificultad alguna cuando el acto jurídico se verifica precisamente en uno de los lugares que acabo de enumerar. Pero frecuentemente sucede que la base del acto jurídico existe en un lugar muy diferente, algunas veces muy apartado, y esta circunstancia puede entrañar las mayores dificultades.

En el lugar en que se verifica el acto jurídico es con frecuencia muy difícil conocer seguramente las formas legales de este otro lugar, único regulador; y aún conociéndolas, ponerlas en ejecucion; esto es á menudo imposible, como lo muestra el siguiente ejemplo. Cuando un prusiano cae enfermo en Francia y quiere hacer un testamento, debería, segun la regla provisional más arriba expuesta, recurrir á la intervencion de un Tribunal, puesto que el derecho prusiano no reconoce otros testamentos que los que se hacen en justicia. Pero hallándose en Francia atribuida exclusivamente esta funcion á los notarios *(b)* no tiene ningun tribunal facultades para intervenir en la confesion de un testamento. En su consecuencia, debería renunciar á hacerlo, causando quizás un gran perjuicio á su familia.

La consideracion de esta excesiva dureza, que algunas veces hace absolutamente imposibles los actos jurídicos, y aún con mayor frecuencia los expone á nulidades de una ejecucion defectuosa, todo por consecuencia de formas legales que no han sido ciertamente establecidas para impedir ó entorpecer las transacciones civiles, esta consideracion ha hecho nacer un derecho consuetudinario cada vez más generalizado desde el siglo XVI, derecho que reemplaza la regla provisional más arriba expuesta y destruye las dificultades de que acabo de hablar. Esta nueva regla se expresa del siguiente modo: *Locus regit actum*, y significa que es suficiente la forma de un acto jurídico desde el momento en que concuerda con la ley del lugar donde se verifica, por más que en el lugar donde tenga su asiento la relacion de derecho están establecidas por la ley formas dife-

(*b*) Código civil, art. 971, 979.

rentes. Esta regla se reconoce por autores de diversas naciones y tiempos (*c*).

Trátase ahora de hacer aplicacion de esta importante regla á las diferentes clases de relaciones jurídicas. Segun la generalidad de los términos empleados para expresar dicha regla, podría creerse que abraza todas las relaciones de derecho y que para todas tienen igual importancia. Veremos que no puede admitirse esta afirmacion sino con ciertas restricciones.

I) Respecto al estado de la persona en sí, nuestra regla no es susceptible de aplicacion, porque la simple declaracion de voluntad sobre la forma legal, que es á lo que se refiere la regla, tiene aquí poca influencia. Así, no debe creerse que un menor pueda en país extranjero ser declarado mayor, ó un infame rehabilitado por una decision de la autoridad suprema de este país, segun la regla *locus regit actum*. Este cambio de estado no se verifica por una declaracion de voluntad de la persona interesada; pues se trataría sólamente de regular la forma de tal declaracion. Dichas modificaciones sólo pueden introducirse por un acto libre del Poder Supremo del Estado á que pertenece la persona interesada en cualidad de súbdito.

II) Nuestra regla no podría tampoco ejercer una gran influencia sobre los actos jurídicos concernientes al derecho de bienes, y esto por el siguiente motivo. Recordaré una distincion fundamental entre los actos del hombre hecha anteriormente con otro objeto. Hay actos que son en sí posibles en todas partes; y el hecho de que se realicen en un lugar más bien que en otro se debe á circunstancias puramente accidentales: tales son los contratos obligatorios, los testamentos, etc. Hay otros que por su naturaleza no pueden verificarse más que en un solo lugar: á esta clase pertenecen los actos más numerosos é importantes que corresponden al derecho de las cosas. Aquí domina exclusivamente la *lex rei sitæ* (§ 366); y estos actos, fecundos en consecuencias, se encuentran en una relacion tan íntima con la cosa misma que no se pueden suponer realizados en otro

---

(*c*) P. Voet., Sent. 9, C. 2, § 9; J. Voet., § 13, 15; Hert., § 10, 23, Eichhorn., Deutsches Recht, § 37; Story, § 260, 261; Fœlix, p. 97 y sig.: Schäffner, p. 73, 85; Wächter, II. p. 368, y 380 p. 405 y sig.

lugar que en aquel en donde la cosa se encuentra. Tal es principalmente la tradicion, y además un gran número de actos puramente formales, como la cesion judicial, la inscripcion en el registro de hipotecas, etc., que no pueden verificarse más que ante un funcionario especial y en un lugar determinado. La regla *locus regit actum* no se refiere por su naturaleza más que á los actos de primera clase, supuesto que solamente respecto á ellos puede el lugar en que se verifica ser, por una circunstancia accidental, distinto de aquel en que reside el verdadero asiento de la relacion jurídica, y necesitar por consiguiente un expediente artificial. Por la misma razon esta regla es igualmente inaplicable á la mayor parte y á los más importantes actos que conciernen al derecho de las cosas. Esta observacion no se refiere únicamente á los inmuebles; se extiende tambien á las cosas muebles cuya tradicion no es posible más que en lugar donde se encuentran. Pero respecto á las últimas, esta circunstancia ofrece ménos interés y llama ménos la atencion, porque su poseedor puede siempre hacerlas cambiar de lugar y someterlas de este modo inmediatamente á una nueva *lex rei sitæ*.

El motivo por el cual no se aplica esta regla á los derechos reales, es, por tanto, en el fondo, el mismo que el aducido respecto al estado de la persona en sí. Para los derechos reales la voluntad no es por sí misma la circunstancia decisiva, sino la relacion existente entre la persona y la cosa objeto del derecho real. Ahora bien, segun las disposiciones de varias leyes positivas, esta relacion puede ser una simple declaracion de voluntad; pero esta accidental circunstancia es extraña á la esencia del derecho real.

III) Nada impide que nuestra regla se aplique en toda su extension á las obligaciones, principalmente á los contratos obligatorios (*d*), por más que se hable con ménos frecuencia de esta clase de aplicacion. Algunos ejemplos harán más claro el asunto.

Exigen varias legislaciones para los contratos obligatorios relativos á los inmuebles, formas particulares (lo cual nada tiene de comun con la trasmision de la propiedad).

(*d*) **Wächter, II, p. 405.**

mientras que el derecho romano no las pide. Conforme á nuestra regla, no dudamos en juzgar de la validez de semejantes actos con arreglo á la ley del lugar en que se realizan, sin tener en cuenta la *lex rei sitæ*. Menciono especialmente este caso para hacer observar que el derecho prusiano ordena precisamente lo contrario (*e*). Tenemos, pues, aquí una excepcion particular hecha con deliberado propósito á la regla *locus regit actum*.

La fé debida á los libros de comercio se juzga segun la ley del lugar en que se llevan estos libros (*f*). Parecería que este género de prueba pertenece al derecho de procedimiento, y que, por consiguiente, debería estar sometido á la ley del lugar de la jurisdiccion. Pero aquí la prueba es inseparable de las formas y de la eficacia del acto jurídico mismo que constituyen el elemento dominante. El extranjero que trata con un comerciante establecido en un país en que los libros de comercio hacen fé en juicio se somete al derecho de este país.

La validez, en cuanto á la forma, de las diversas firmas puestas en una letra de cambio se juzga segun la ley del lugar en que han sido puestas cada una de las firmas (*g*).

IV) La aplicacion más importante de nuestra regla, y tambien la más controvertida, es la relativa á la confeccion de un testamento, cuando por una circunstancia accidental se encuentra el testador fuera de su domicilio. Sobre la regla ha existido acuerdo desde hace largo tiempo (*h*).

(*e*) A. L. R, I, 5, § 115: «Siempre que es objeto de un contrato la propiedad, la posesion, ó el uso de un inmueble deben seguirse respecto á las formas de dicho contrato las leyes del país en que se halla situado el inmueble.» El derecho prusiano exige que todos los contratos relativos á los inmuebles se consignen por escrito: no se dice en términos expresos, sino que resulta evidentemente de varios textos del Código: I, 5, § 135; I, 10, § 15, 17; I, 21, § 233 y de la disposicion (I, 5, § 131) que exige un acta escrita para todo contrato cuyo objeto excede del valor de 50 escudos (187 fr., 50 céntimos), pues los inmuebles exceden casi siempre de este valor. Por otra parte, los contratos en general se hallan sometidos á la regla *locus regit actum* (I, 5, § 111); y si el contrato relativo á cosas muebles se ha formalizado en país extranjero, se aplica la regla cuando se deduce la accion ante un tribunal prusiano (I, 5, § 148).

(*f*) Decision del tribunal supremo de apelacion de Cassel, 1826; Seuffert, Archiv. t. I, núm. 132.

(*g*) Decreto del tribunal de revision de Berlin, 1844; Seuffert, Archiv. t. 2, núm. 121.

(*h*) Rodenburg. tít. 2, C., 3, § 1, 3; Vinnio, selectæ quæst. II, 19;

Sin embargo, se imponen á su aplicacion dos restricciones. En los países regidos por el derecho inglés es admitida la regla; pero el testamento carece de efecto respecto á los inmuebles situados fuera (*i*). La distincion, no obstante, entre los muebles y los inmuebles tiene ménos sentido y razon para la aplicacion de nuestra regla que para otras materias. Un autor moderno añade la restriccion siguiente: «El testamento, dice, es válido si el testador muere en país extranjero. Pero si vuelve á su pátria el testamento se hace nulo, por lo ménos en el caso en que su derecho nacional no reconociese los testamentos de esta especie (*k*).» No creo que esta restriccion se halle conforme con los principios, ni me parece tampoco que haya encontrado muchos partidarios. Aconsejaría, sin embargo, á un padre de familia prudente que volviera á hacer testamento en su pátria, con el fin de prevenir todo ataque posible.

V) Se admite generalmente que nuestra regla se aplica á la celebracion del matrimonio (*l*). Apesar de ello, me parece que el asunto ofrece dificultades. Cuando los habitantes de un país cuya ley no reconoce más que el matrimonio civil, se casan en país extranjero, no hay duda posible. Pero no sucede lo mismo para los habitantes de un país cuya ley exige la celebracion del matrimonio ante la iglesia. Esta ley se funda en la moral religiosa, y reviste, por consiguiente, un carácter rigurosamente obligatorio (§ 349). Segun este motivo, pienso que los esposos deberían renovar en su pátria el matrimonio ante la iglesia, si bien no debe suponerse que se hayan casado en país extranjero *in fraudem legis*, intencion que quizás no tenían, y que por otra parte no podría ser probada. En el caso de una nueva celebracion, áun con arreglo á los principios del derecho comun, se reconoce el matrimonio como válido y eficaz

---

Hest., § 23; Wächter, II, p. 368, 380. En el tiempo de Durantis, esta cuestion era muy controvertida. Speculum II, tít. de instrum. edit., § 12, núm. 16.

(*i*) Story, § 474 478.

(*k*) Eichhorn, Deutschen Recht, § 37.

(*l*) Hart., § 10; Schäffner, § 100, 101; Story, p. 121 y sig. Debe notarse que respecto á esta cuestion, la teoría y la práctica del derecho inglés parece tener pocos inconvenientes.

desde su primera celebracion. Esta rigurosa regla no puede nunca ser aplicable á los extranjeros casados que vienen á establecerse en el país; porque semejante ley, con su carácter estrictamente obligatorio, no se aplica más que á la celebracion de los matrimonios, y no á la continuacion de los matrimonios ya contraidos.

Terminaré con algunas observaciones generales.

Han pretendido muchos que no se aplica nuestra regla cuando se verifica un acto jurídico en país extranjero para eludir una ley nacional (*in fraudem legis*), por ejemplo, para evitar los gastos de documentos dispendiosos, el empleo del papel sellado, etc. (*m*). Otros, y fundadamente, no admiten esta restriccion (*n*). Para hacer observar las leyes de esta especie se puede recurrir á otros medios, principalmente á multas; pero no hay ningun motivo para hacer depender de su observacion la validez de los actos jurídicos, lo cual sólo podría prescribirse por una ley positiva.

La verdadera situacion de nuestra regla suscita una cuestion muy importante. La observacion de la forma establecida en el lugar en que se refiere el acto jurídico, ¿es absolutamente necesaria ó simplemente facultativa, de manera que las partes puedan elegir entre esta forma y la del lugar á que pertenece realmente el acto jurídico? (*o*). Si se considera que esta regla especial se ha establecido para favorecer á las partes y facilitar las transacciones civiles, ¿no puede dudarse de que es puramente facultativa y que puede elegirse entre una y otra forma? Esta doctrina ha sido admitida generalmente (*p*).

Así, pues, cuando un habitante de un país regido por el derecho romano quiere hacer su testamento en París, puede emplear una de las formas establecidas por el derecho francés; pero puede tambien hacer su testamento ante siete

---

(*m*) J. Voet., § 14; Fœlix, p. 105.

(*n*) Schäffner, § 85.

(*o*) Esta es la forma en que debe presentarse la cuestion. Así, pues, no se trata de modo alguno de una eleccion enteramente arbitraria entre la *lex domicilii* y la *lex rei sitæ*, etc. Sin embargo, esto es lo que parece admitir J. Voet. § 15.

(*p*) Rodenburg, tít. 2, C., 3, § 2. 3; Hert., § 10, 23 (con algunas indecisiones); Fœlix, p. 107 y sig.; Schäffner, § 83 (indeciso); Wächternd II p. 377, 380.

testigos. En este último caso su testamento será válido en su patria, supuesto que (y esto se implica por sí mismo), pruebe suficientemente la observacion de las formas. Cuando encontrándose los habitantes de un país en que es obligatorio el matrimonio ante la iglesia en otra nacion donde el matrimonio civil es el único exigido, se casan ante la iglesia sin observar las formalidades del matrimonio civil, su matrimonio es válido como celebrado segun la forma establecida en su pátria, es decir, en el lugar en que el matrimonio tiene su asiento propio y permanente *(q)*.

§ CCCLXXXII.—VI. *Formas de los actos jurídicos.* (*Locus regit actum*). (Continuacion).

Hemos considerado hasta aquí la regla especial sobre la forma aplicable á los actos jurídicos bajo el punto de vista de un derecho consuetudinario general fundado en una necesidad no controvertida, y desenvuelta por los jurisconsultos. Nos resta examinar cuál es la relacion de esta regla con la legislacion positiva; primeramente con la que constituye la base del derecho comun (el derecho romano y el derecho canónico), despues con algunas legislaciones modernas.

Hace mucho tiempo que varios autores han tratado de hacer derivar esta regla de las fuentes del derecho comun escrito; pero otros han observado con razon que estas tentativas eran infructuosas (*a*). El exámen de los diferentes textos de donde se pretende sacar esta regla, confirmará este juicio, sin desvirtuar en manera alguna la verdad y la certidumbre de la regla.

I) L. 9, C. De testamentis (VI, 23). Esta ley es la más especiosa de todos los textos citados; sin embargo, no establece nuestra regla.

Se había hecho un testamento sin observar la conocida regla del derecho romano de que los testigos deben estar inmediatamente en presencia del testador *(b)*. A consecuen-

(*q*) Se reconoce este principio en una decision del tribunal supremo de Dresde 1845. Seuffert, Archiv., t. II, núm. 5.

(*a*) Wächter, I, p. 246.

(*b*) L. 9 cit.: «in conspectu testatoris.» L. 30, C., eod: «sub praesen-

cia de la reclamacion de Patroclia (probablemente la heredera instituida), responden los emperadores por un rescripto que el testamento es nulo, «si non speciali privilegio (c) *patriæ tuæ* juris observatio relaxata est.» Podría creerse, por las palabras *patriæ tuæ*, que parecen indicar una colision entre diferentes herederos locales, que esta regla se refiere á nuestro texto. Pero semejante apariencia desaparece si se considera que la *patria* de la heredera no podría ser la circunstancia decisiva, supuesto que no se dice dónde se ha hecho el testamento. Probablemente, el difunto había testado en el lugar que tenía su domicilio, residencia tambien de la heredera. Así, pues, no se trata en manera alguna de la aplicacion de nuestra regla, y dicho texto no contiene más que la proposicion, por otra parte evidente, de que en caso de colision el derecho particular se sobrepone al derecho general.

2) L. 2, C., Quemadm. test. aper. (VI, 32). Un padre ausente de su domicilio había remitido á su hijo un testamento encargándole llevarlo al lugar de su domicilio. Los emperadores ordenan por un rescripto que para la apertura del testamento ante la curia se observen las leyes y las costumbres de la ciudad. Aquí no se trata de la colision de derechos locales, y nuestro texto expresa únicamente la verdad incontestable de que los actos jurídicos están sometidos al derecho local.

3) L. 1, C., de emanc. (VIII, 49). Habiendo emancipado un padre á su hijo ante los decemviros de una ciudad donde era extranjero, se había controvertido la validez de esta emancipacion. La duda nacía de que en general los magistrados municipales no tenían la *legis actio*, y sólo podían obtenerla excepcionalmente por privilegio (*d*). Los emperadores contestan que la validez de la emancipacion depende del derecho local de la ciudad. Si este derecho concede á los decemviros la *legis actio* con facultad de ejercitarla, áun res-

---

tia ipsius testatoris.» L. 3, C., T. de test. (IV, 4); «præsentes videant subscriptores.» V. Glück, t. XXXIV, p. 292.

(*c*) *Privilegium* designa aquí el derecho particular ó una parte del derecho particular concedido por una constitucion imperial á la ciudad de que aquí se trata.

(*d*) Savigny, *Historia del derecho romano* en la Edad Media, t. I, párrafo 27.

pecto á los extranjeros es válida la emancipacion. Aquí no existe el menor rasgo de una colision de derechos locales.

4) C., 1, X, de spons. (IV, 1). Un sajon se habia casado con una mujer franca, conforme á los usos de los francos, no á los de los sajones. Despues de haber vivido varios años con ella y de haber tenido hijos, fundándose en esta irregularidad en la celebracion del matrimonio, la repudia y se casa con otra. Un Sínodo declara que este acto es punible, que el segundo matrimonio es nulo y que el primero debe tener todos sus efectos. Aquí no se trata tampoco de una colision de derechos locales, puesto que no se menciona el lugar de la celebracion del matrimonio. La decision se funda en que segun el espíritu del derecho canónico, el primer matrimonio es válido é indisoluble; y que la observancia de tal ó cual costumbre del derecho civil es una circunstancia indiferente.

En un proyecto del código civil francés se lee: «La forma de los actos se regula por las leyes del lugar en que se han verificado.» Este texto no se insertó en el código, no porque su contenido pareciese falso ó dudoso, sino, al contrario, porque se consideró tan conocido y cierto que era inútil expresarlo (*e*). Hé aquí varias aplicaciones particulares que suponen la existencia de esta regla de derecho.

1) Los actos del estado civil de los franceses y de los extranjeros realizados en país extranjero, son válidos en Francia si se han observado las formas usadas en este país (*f*).

2) El matrimonio de los franceses en país extranjero es válido si se ha celebrado con las formas usadas en el país (*g*). Esta disposicion deja subsistir la necesidad de las publicaciones y de las condiciones exigidas para contraer matrimonio.

3) El francés que quiere testar en país extranjero puede hacerlo de dos maneras; ó por un acta escrita y firmada por su mano (como en Francia), ó por acta auténtica, segun las

---

(*e*) Fœlix, p. 111.
(*f*) Código civil, art. 47.
(*g*) Código civil, art. 170.

formas usadas para los testamentos en el país en que se encuentre *(h)*.

El código prusiano no contiene ningun reconocimiento general de la regla *locus regit actum*.

El § 33 de la introduccion parece derogar esta regla. Este texto no quiere decir que los extranjeros no puedan observar las formas establecidas por un estatuto especial ó que un acto así realizado no sea válido, sino que los nacionales únicamente, y no los extranjeros, están obligados á conformarse con el estatuto (*i*).

En materia de contratos el código prusiano admite la regla en su generalidad para los muebles; respecto á los inmuebles establece una excepcion, porque exige la observancia de las formas prescriptas por la *lex rei sitæ* (§ 381, *e)*.

El código nada dice respecto á la forma de los testamentos hechos en país extranjero. Un autor moderno concluye de este silencio que el código no reconoce otro testamento que el judicial y que nuestra regla no tiene aquí aplicacion *(k)*; lo cual equivale á decir que en muchos países, y principalmente en Francia, un prusiano no puede hacer testamento. Opongo á esta afirmacion los argumentos siguientes. En la época en que se redactó el código, nuestra regla, principalmente en su aplicacion á los testamentos, era para los jurisconsultos alemanes uno de los principios más conocidos y más ciertos, y no es probable que se haya querido abolir por simple pretericion una regla de semejante carácter.

En 1823, para facilitar los testamentos de las personas que componían las embajadas prusianas en países extranjeros, se estableció una nueva forma (*l*). Segun el contenido y los términos de la ley, como tambien con arreglo á su preámbulo, se trata aquí de una prescripcion positiva enteramente nueva. En dicho preámbulo se lee:

(h) Código civil, art. 999. V. art. 1317.

(i) El equívoco está en las palabras: «*Solo se establecen* respecto á los actos.» etc.; es decir sólo se establecen *como obligatorias* para estos actos. Los extranjeros pueden servirse de ellas sin que pierdan nada de su eficacia.

(k) Koch, Preussziches Recht, § 40, nota 18.

(l) Ley del 3 de Abril, § 2: Gesetzsammlung, 1823, p. 40.

«§ 1. Los actos de última voluntad de las personas que componen nuestras embajadas..... serán *para el porvenir como en el pasado*, válidos en cuanto á sus formas exteriores si se han observado las leyes del lugar en que se han realizado estos actos.»

Ahora pregunto: ¿qué significan las palabras *para el porvenir como en el pasado?* El Código no dice absolutamente nada sobre la forma de los testamentos en países extranjeros. Por otra parte, el derecho comun de Alemania ha admitido en todo tiempo nuestra regla no sólo para los diplomáticos, sino para todos los nacionales que quieren textar en país extranjero. Hé aquí, pues, el sentido del preámbulo: los diplomáticos, como todos los nacionales, pueden textar en el extranjero segun las formas del lugar en que se encuentran. Este derecho que dividen con todos los nacionales lo ejercitarán *en el porvenir como en el pasado* (§ 1). Para dar ahora á los diplomáticos más facilidades se establece una nueva forma de testamentos y pueden elegir entre la antigua y la nueva (§ 2).

En 1824, la Prusia hizo con Weimar un tratado sobre las relaciones de derecho recíprocas de los súbditos de ámbos Estados; y despues ha hecho con otros Estados vecinos un gran número de tratados semejantes ó idénticos (§ 374, *qq*).

El artículo 34 de este tratado (*m*), dice: «la validez de los actos entre vivos y de los *actos por causa de muerte*, se regulan, en cuanto á la forma, segun las leyes del lugar en que se verifican.» Esta disposicion no es sin duda alguna una concesion hecha á los Estados vecinos, porque es recíproca. No es tampoco una invencion nueva, sino la confirmacion de un principio general de derecho, como lo indica su frecuente reproduccion. Ahora bien, este principio de derecho no puede ser otro que la antigua regla adoptada en todo tiempo en Alemania; *locus regit actum*, que se encuentra reconocida por el legislador de la manera ménos dudosa.

(*m*) Gesetzsammlung, 1824, p. 151.

CAPITULO II.

LÍMITES TEMPORALES DEL IMPERIO DE LAS REGLAS JURÍDICAS SOBRE LAS RELACIONES DE DERECHO.

§ CCCLXXXIII.—*Introduccion.*

Autores:

Chabot de l' Allier, Cuestiones transitorias sobre el Código Napoleon; París, 1809, 2 vol. en 4.°.

Weber Uber die Rückanwendurg positiver Geretze; Hannover, 1811.

Meyer-Principes, sur les questions transitoires; Amsterdam, 1813.

Bergmann, Das verbot der rückwirkenden Kraft neuer Geretze im Privatrecht; Hannover, 1818.

Struve, Ober das positive Rechgesetz rücksichtlich seiner Ansdehnung in der Zeit; Göttingen, 1831 (*a*).

El tercer libro de este tratado tenía por objeto mostrar de qué manera dominan las reglas jurídicas sobre las relaciones de derecho y determinar los límites de su imperio (§344). Esta determinacion puede ser necesaria bajo un doble aspecto, segun que se trate de aplicar reglas de derecho diversas, concurrente ó sucesivamente. Ya ha sido tratada (cp. I) la determinacion de los límites locales. Réstame, pues, hablar de la segunda clase de limitacion, esto es, la relativa al tiempo.

Aquí se supone que en el mismo lugar y en dos épocas diferentes existen dos reglas de derecho diversas, con las cuales una determinada relacion de derecho ó una cuestion

---

(*a*) Bergmann p. XXI, XXIV cita muchos otros escritos.

jurídica particular se encuentra en contacto, de tal manera, que hay incertidumbre sobre cuál de las dos reglas debe decidir la cuestion. Semejante conflicto entre dos reglas de derecho implica siempre una modificacion efectuada. Mas para que este cambio corresponda á la presente investigacion debe ser un cambio de reglas (del derecho objetivo), no un simple cambio de hechos que determinen la relacion jurídica (del derecho subjetivo); pues ya he hablado de esta última clase de modificaciones con motivo de los límites locales del imperio de las reglas (*b*). Así, pues, en el curso de esta indagacion suponemos siempre una relacion de derecho que no varía y dos reglas pertenecientes á diferentes épocas que se disputan el imperio sobre esta relacion de derecho.

Este cambio de las reglas jurídicas que forma la base y la condicion de toda colision en el tiempo puede presentarse bajo las siguientes formas:

1) Promulgacion de una ley nueva y aislada que tiene precisamente por objeto la relacion de derecho de que se trata.

2) Promulgacion de un nuevo código, es decir, de un conjunto de reglas en que la relacion de derecho de que se trata se encuentra sometida á nuevas disposiciones (*c*).

3) Adopcion de un código extranjero y sustitucion de este código al derecho hasta entónces vigente (*d*).

4) El lugar donde reside una relacion de derecho, separado del Estado á que pertenecía, se incorpora á otro Estado, y por lo mismo viene á someterse bajo el imperio de la ley de este otro Estado; el derecho así sustituido puede resumirse en un código, ó, al lado de éste, pueden existir leyes aisladas ó diversas reglas de derecho consuetudinario (*e*).

(*b*) V. § 344 al final.

(*c*) Esto tuvo lugar en Constantinopla desde el 529 al 534; en Prusia, en 1794; en Francia, en 1804; en Austria, en 1812.

(*d*) De este modo impuso Francia el Código Napoleon á diversos países, en Alemania y otras partes.

(*e*) Sucedió esto cuando se unieron varios países á Francia; despues cuando Prusia recobró sus antiguas provincias y recobró otras nuevas; pero no tuvo lugar cuando se devolvió á Alemania la ribera derecha del Rhin porque se mantuvo en ella el derecho francés.

A pesar de las diferencias que pueden motivar entre estos diferentes casos la extension é importancia de sus aplicaciones, todos tienen, sin embargo, una base idéntica respecto á la colision que nos ocupa. En todos estos casos es posible zanjar desde luego las cuestiones de colision por medio de disposiciones legislativas especiales, necesidad que se hace sentir principalmente en los tres últimos casos. Las leyes de esta especie se llaman transitorias porque tienen sólo por objeto el paso de una regla á otra.

Cuando Justiniano publicó las Instituciones y el Digesto, les dió un efecto retroactivo *(f)*. Sin embargo, no debe verse aquí la expresion de un principio permanente sobre la retroactividad, ni una excepcion verdadera; pues estas colecciones de leyes estaban destinadas, no á crear un derecho nuevo, sino á asegurar y depurar el derecho existente. Pueden, pues, considerarse como una extensa interpretacion auténtica; interpretacion que por su naturaleza tiene un efecto retroactivo (§ 397).

Ninguna legislacion ha puesto tanto cuidado en resolver las cuestiones de colision como la legislacion prusiana (*g*); voy á hacer aquí la indicacion de las leyes transitorias de Prusia, con el fin de poderlas citar más facilmente en esta investigacion. La más antigua la constituye la publicacion del código, que data del 5 de Febrero de 1794 (*h*), el cual contiene en sus §§ desde el 8 al 18, disposiciones transitorias muy explícitas. A esta ley se refieren las siguientes, que introducen la legislacion prusiana en las provincias conquistadas nuevamente ó la restablecen en las provincias recobradas.

1803. Principado de Hildesheim y ciudad de Goslar (Stengel's Beiträge, t. XVII, p. 194).

1803. Paderborn y Münster (Stengel, t. XVII, p. 235).

(*f*) L. 2, § 23; L, 3, § 23, C., de vet. j. enucl. (I, 17). La Const. *Summa*, § 3, sobre el Código no se expresa de igual modo. V. Bergmanm, párrafo 14.

(*g*) La ley que promulga el Código austriaco no contiene más que un pequeño número de disposiciones sobre este punto. El Código civil francés contiene en algunos artículos (por ejemplo, art. 2281) disposiciones transitorias; pero además aparecieron al mismo tiempo que el Código varias leyes transitorias especiales, principalmente sobre la adopcion, el divorcio, los hijos naturales.

(*h*) Impreso á la cabeza de todas las ediciones del Código.

1803. Eichsfeld, Erfurt, Mühalhansen, Nordhansen (Stengel, t. XVII, p. 253).

1814. Antiguas provincias prusianas más allá del Elba (Ges. Samml. 1814, p. 89).

1816. Prusia occidental *(*Ges. Samml. 1816, p. 217*)*.

1816. Posen *(*Ges. Samml. 1816, p. 225*)*.

1816. Ducado de Sajonia *(*Ges. Samml. 1816, p. 233*)*.

1818. Teritorios (Ges. Samml. 1818, p. 45).

1825. Ducado de Westphalia (Ges. Samml. 1825, p. 53).

Es de notar que las leyes de promulgacion de 1803 no son más que la reproduccion abreviada de la de 1794, miéntras que desde 1814 las leyes de promulgacion contienen disposiciones originales que difieren de la ley de 1794.

§ CCCLXXXIV.—*Dos clases de reglas de derecho.*

Se toma ordinariamente como punto de partida en esta materia un principio que se tiene por absoluto y que, sin haberse presentado bajo el mismo aspecto por los autores, pueden, sin embargo, reducirse á las dos fórmulas siguientes:

Las leyes nuevas no tienen efecto retroactivo.

Las leyes nuevas no deben perjudicar los derechos adquiridos.

Estoy muy léjos de contradecir la verdad y la importancia de este principio. Pero no puedo asentir á los que consideran su autoridad como universal, porque si bien es verdadero para una clase de reglas de derecho, no le es para otra.

A primera vista podría atribuirse á esta divergencia de opiniones más importancia de la que tiene en realidad, pues podría pensarse que la doctrina cuya crítica estoy haciendo conduce á resolver erróneamente las cuestiones prácticas de derecho. No sucede así. Cuando la aplicacion lógica del principio ofrece un resultado evidentemente inadmisible, se acostumbra á salir del paso, estableciendo una excepcion al pretendido principio general. Pero este expediente de simples excepciones debe ser rechazado en absoluto, como probaré más adelante (§ 398). Persisto, pues, en negar la generalidad que se atribuye ordinariamente al principio,

por más que en la práctica no tenga este error las deplorables consecuencias que podrían suponerse.

Con el fin de precisar los límites dentro de los cuales debería encerrarse dicho principio, es preciso recordar el diferente contenido de las reglas de derecho, cuyo cambio posible es el objeto de la presente indagacion (§ 383).

Esta primera clase de reglas concierne á la *adquisicion de los derechos*, es decir, al lazo que une un derecho con un indivíduo, ó la trasformacion de una institucion de derecho (abstracta) en una relacion jurídica (personal) (*a*). Los ejemplos siguientes pondrán de relieve la naturaleza de estas reglas y la de sus cambios posibles.

Cuando en un país podía adquirirse y trasmitirse la propiedad por simple contrato y una ley nueva exige la tradicion, la modificacion de la regla versa únicamente sobre las condiciones bajo las cuales puede un indivíduo adquirir la propiedad de una cosa, y constituir de este modo *su* derecho á esta cosa. Sucede lo mismo cuando podían convenirse verbalmente todos los contratos obligatorios, y viene una ley nueva á ordenar que respecto á las cosas cuyo valor exceda de cincuenta escudos, un documento escrito dará solamente lugar á una accion.

La segunda clase de reglas concierne á la *existencia de los derechos*, es decir, al reconocimiento de una institucion en general que debe siempre suponerse ántes de que se cuestione sobre su aplicacion á un indivíduo, ó sobre la trasformacion de una institucion jurídica en una relacion de derecho. Esta segunda especie de reglas se divide en dos clases cuya extension difiere, pero cuya esencia es la misma, y que por consiguiente, se colocan absolutamente en la misma línea en cuanto al objeto de la presente investigacion.

Algunas de estas reglas versan sobre la existencia ó la no existencia de una institucion jurídica. Hé aquí algunos ejemplos: la esclavitud romana, la servidumbre de la gleva germánica, el diezmo existente en un país, abolido despues por una ley nueva; todas declaradas imposibles y privadas, de este modo, de la proteccion del derecho.

(*a*) V. t. I, § 4, 5.

Hay otras que no versan sobre la existencia misma de la institucion, sino sobre su modo de existencia, de manera que, áun conservándose, sufren una alteracion profunda. Citaré como ejemplo los casos siguientes: la reivindicacion rigurosa del derecho romano está abolida por una ley nueva, y la propiedad sólo se encuentra protegida por las acciones posesorias y las obligaciones. Una ley nueva ordena que el derecho de diezmo ántes irredimible, pueda redimirse á peticion de cada una de las partes. A esta clase pertenece igualmente la propiedad. Había desde hacía siglos dos clases de propiedad: la una *ex jure quiritium*, la otra *in bonis*. Justiniano, por una ley nueva, derogó esta distincion y decidió que en adelante no hubiera más que una sola propiedad con plena eficacia; lo que se llama *res mancipii* y *fundus italicus*, quedó por tanto abolido. Pero repito que estas dos clases de reglas conciernen á la existencia de los derechos; que en su consecuencia son idénticas y que no tenemos ningun motivo para distinguirlas en la presente indagacion. He mencionado sus diferencias naturales sólo para evidenciar la extension y la variedad de las reglas relativas á la existencia de los derechos y para no dejar sobre este punto ninguna duda en el espíritu.

Tengo todavía que añadir algunas observaciones sobre la distincion que acabo de establecer respecto á las dos clases de reglas, la una concerniente á la adquisicion, la otra á la existencia de los derechos *(b)*.

Primeramente, en cuanto á la designacion de estas dos clases de reglas, he elegido la que me parecía más inteligible. Habrían podido ser distinguidas diciendo que las unas se refieren al derecho en el sentido subjetivo, y las otras al derecho en el sentido objetivo (*c*), ó bien que las unas versan sobre el elemento permanente é inmutable de las relaciones de derecho y las otras sobre su elemento móvil.

(*b*) Para que la clasificacion de las reglas jurídicas á que se refiere la presente indagacion no parezca incompleta é insuficiente, observo desde luego que esta investigacion se concreta á las materias del derecho privado, lo cual excluye el derecho público (principalmente el derecho penal) y el derecho de procedimiento. Esta restriccion es la misma que la anteriormente establecida (§ 361, *a*) con motivo de los límites locales, de igual manera que al principio del tratado, t. I, § 1.

(*c*) V. t. I, § 4, 5.

Además, el límite que separa las dos clases de reglas no está siempre bien señalado, y con frecuencia se puede dudar sobre la clase á que pertenece tal ó cual regla. Estas dudas sólo pueden resolverse por un estudio atento del sentido y de la intencion de las nuevas leyes (§ 398).

La primera clase de reglas concerniente á la adquisicion de los derechos comprende tambien su pérdida, la disolucion de las relaciones jurídicas (la pérdida del derecho en la persona del titular), lo cual se sobreentiende para abreviar la exposicion *(d)*. Es verdad que en las aplicaciones más numerosas é importantes ambas cosas coinciden; así, cuando se trata de una enajenacion, de una usucapion, de una prescripcion, de la disolucion de una obligacion, una de las partes adquiere siempre precisamente lo que pierde la otra. Pero tambien en los casos más raros y ménos importantes en que la pérdida exista sola, por ejemplo, en el caso del abandono, no es dudoso que la colision en el tiempo de las leyes se juzga como en el caso de la adquisicion.

Hay derechos que tienen por su naturaleza una duracion indefinida, tales como la propiedad y la esclavitud, que se trasmiten, la una por la sucesion, la otra por el nacimiento; de manera que la estimacion total de estos derechos no puede presentarse más que en circunstancias accidentales; otros, por el contrario, son por su naturaleza, de una existencia pasajera, tales como las obligaciones en general, el usufructo, las relaciones de familia. Tanto para unos como para otros las cuestiones de colision se deciden segun los mismos principios. Sin embargo, es preciso reconocer que las reglas referentes á la existencia de los derechos, y por tanto, los principios aplicables á su colision, son de nuestra mayor importancia para los derechos de una duracion indefinida, que para los derechos de una duracion pasajera.

Si se pregunta cuál de estas dos especies de reglas y su consiguiente colision ofrece en sí mayor interés, la contestacion es diferente, segun el punto de vista bajo el cual nos coloquemos. Por una parte, las leyes nuevas sobre la exis-

---

(d) Hubiera tambien podido llamar á esta clase de reglas: *reglas para los hechos jurídicos* (t. II, § 104). He rechazado esta expresion por demasiado abstracta.

tencia de los derechos tienen mayor importancia, en cuanto que obran de una manera más profunda sobre el estado general del derecho que modifican. Por otra parte, las leyes nuevas sobre la adquisicion de los derechos tienen más importancia en cuanto que llaman más frecuentemente la atencion y su accion es más sensible. Forman, en efecto, la base de los actos jurídicos (*e*), es decir, de las transacciones civiles en su conjunto. Por esta razon, las cuestiones de colision son para esta clase de reglas más graves y complicadas; esto es lo que me ha movido á tratar primeramente de esta especie de reglas en la presente indagacion.

Con arreglo á las consideraciones que preceden, hé aquí el órden más natural y conveniente para la solucion del problema que tenemos que resolver:

Vamos á determinar, respecto á dos clases de reglas jurídicas, los límites temporales de su imperio.

A) Primero: respecto á las reglas que tienen por objeto la adquisicion de los derechos.

Aquí debemos, ante todo, determinar la verdadera significacion del principio fundamental y al mismo tiempo mostrar su relacion con la antigua y la nueva legislacion, como tambien con las opiniones de los autores.

Despues debemos aplicar este principio á las diversas relaciones de derecho y á las diversas cuestiones jurídicas.

Por último, debemos exponer la naturaleza de las excepciones que vienen con frecuencia á colocarse al lado del principio.

B) Segundo: Respecto á las reglas que tienen por objeto la existencia de los derechos. En este punto tendremos que tratar las mismas cuestiones y en el mismo órden que respecto á la primera clase de reglas; sólo que estas cuestiones tienen aquí un carácter más simple.

(*e*) Actos libres que constituyen, sin duda alguna, los hechos jurídicos más numerosos é importantes; algunas veces tambien estos hechos resultan de acontecimientos accidentales: pero en lo que toca á la cuestion de colision, están sometidos á las mismas reglas que los actos libres. Citaré, por ejemplo, como bases para la adquisicion de la propiedad, las diferentes formas de la accesion; como base de un derecho de sucesion *abintestato*, la muerte de una persona determinada.

§ CCCLXXXV.—A.—*Adquisicion de los derechos.— Principio fundamental.*

Trátase ahora de fijar el principio fundamental de la colision en el tiempo de las reglas que tienen como objeto la adquisicion de los derechos. En estos límites debemos admitir como verdadero el principio cuya generalidad hemos negado anteriormente (§ 384). Trataré de precisarlo volviendo sobre las dos fórmulas precedentemente enunciadas, y por este camino evidenciaré la relacion íntima que existe entre ambas fórmulas.

La primera se halla concebida del siguiente modo:

Las leyes nuevas no tienen efecto retroactivo.

Veamos primero cuál es el verdadero sentido de la retroactividad que rechaza esta fórmula.

Evidentemente no debe tomarse en el sentido literal, de donde resultaría el mandato de que el pasado no fuera futuro; pero como esto es imposible no hay necesidad de regla alguna para impedirlo. El efecto retroactivo debe, pues, entenderse moralmente y entónces significa que una ley retroactiva sometiese bajo su imperio las consecuencias de hechos jurídicos anteriores é influyese sobre sus consecuencias. Ahora bien, este efecto retroactivo sobre las consecuencias de hechos anteriores es susceptible de diferentes grados.

A) Puede ejercerse exclusivamente sobre las consecuencias de los actos jurídicos posteriores á la ley nueva.

B) Independientemente de estas consecuencias, puede abrazar tambien el tiempo trascurrido entre los hechos jurídicos y la nueva ley.

Dos ejemplos pondrían de relieve estos diversos efectos retroactivos. Si en un país en que es ilimitada la tasa del interés se hace un préstamo al 10 por 100 y tres años despues se introduce en este país el derecho romano que prohibe los intereses superiores al 6 por 100, el primer grado de retroactividad tendría por efecto que el 4 por 100 excedente de la tasa legal no podría ser reclamado á partir de la nueva ley, pero que este mismo 4 por 100 vencido durante los tres años anteriores á la ley serían adquiridos por el acreedor y podrían ser reclamados en justicia. El segun-

do grado de retroactividad tendría por efecto que el 4 por 100 excedente de la tasa legal no podría ser exigido ni en el porvenir ni respecto á los tres años anteriores. Si en un país en que puede verificarse por simple contrato la enajenacion de la propiedad, se vende de esta manera una finca rústica y cinco años despues exige una ley nueva la tradicion como condicion de la enajenacion, el primer grado de retroactividad tendría por efecto que durante los cinco años anteriores á la ley el comprador había sido propietario y adquirido los frutos con esta cualidad; pero que una vez promulgada la ley nueva cesaría de ser propietario. Si se aplica el segundo grado de retroactividad, el comprador no ha sido nunca propietario y ha percibido los frutos indebidamente.

Ahora bien, la fórmula más arriba transcrita (el principio de la no retroactividad) rehusa absolutamente á la ley nueva toda accion sobre las consecuencias de los actos anteriores, y esto en todos los grados imaginables. Así, mantiene los intereses extipulados al 10 por 100, tanto para los tres años transcurridos como para los futuros *(a)*; reconoce la propiedad adquirida por simple contrato, no sólo respecto á los cinco años anteriores, sino indefinidamente.

Paso á la segunda fórmula que está concebida en los siguientes términos:

Las leyes nuevas no deben perjudicar en modo alguno los derechos adquiridos.

Esta fórmula exige el respeto á los derechos adquiridos, ó para hablar más exactamente, el mantenimiento de las relaciones de derecho con su naturaleza y eficacia primitivas.

Varios autores han visto en esta segunda fórmula un principio nuevo é independiente del expresado por la primera *(b)*. Pero una y otra no contienen en realidad más que un solo é idéntico principio, considerado bajo aspectos diferentes. Para probarlo, basta volver sobre los ejemplos cita-

---

(a) Esto no tiene ordinariamente gran importancia para el porvenir pues el deudor puede reembolsar el crédito, y por consecuencia de la nueva ley, encontrar fácilmente dinero á ménos precio, si la facultad de reembolsarlo no se le ha prohibido durante un tiempo determinado

(b) Bergmann, p. 92; Puchta, Vorlesungen, p. 223.

dos. Al estipular intereses al 10 por 100, el acreedor ha adquirido el derecho de percibir estos intereses miéntras dure el préstamo (c); y este derecho debe ser mantenido aunque una ley nueva fije los intereses á un tipo más bajo. El comprador de la finca rústica ha adquirido la propiedad por simple contrato y este derecho adquirido debe mantenerse aunque una ley nueva subordine á la tradicion la validez de la enajenacion.

La fórmula relativa al mantenimiento de los derechos adquiridos tiene necesidad de ser precisada bajo dos aspectos diferentes, para prevenir graves errores.

Desde luego, cuando nuestra fórmula exige el mantenimiento de los derechos adquiridos, es preciso entender que se refiere á las relaciones de derecho de una persona determinada, es decir, á las partes constitutivas del dominio en que la voluntad individual ejerce su independencia (d), y no á las calificaciones abstractas de todos los hombres ó de una clase de la sociedad (e). Algunos ejemplos harán resaltar este contraste y la restriccion que de el resulta para la aplicacion de nuestra fórmula. Cuando el duelo está sometido á una pena en un país donde ántes era lícito, todos los habitantes se encuentran privados de la facultad que tenían de batirse en duelo impunemente. Pero la aplicacion inmediata de esta ley no es contraria á nuestra fórmula, porque esta facultad abstracta del duelo, comun á todos los habitantes del país, no tiene la naturaleza de un derecho adquirido. Sucede lo mismo cuando en un país pueden las mujeres obligarse válidamente por caucion y despues, por consecuencia de la introduccion del derecho romano, el Senado-consulto Veleyano las priva de esta capacidad. Igual resultado produce la introduccion del derecho romano que fija la mayor edad en los veinticinco años en un país donde la mayor edad comenzase á los veintiuno: todos los que en el momento de la promulgacion de la ley

---

(c) Sería un error no llamar derecho adquirido más que al derecho á los intereses vencidos. El derecho á los intereses que no han vencido todavía es tambien un derecho adquirido, si bien su ejercicio no puede tener lugar hasta una época determinada.

(d) V. t. I, § 52, 53.

(e) Bergmann, § 20.

nueva no han cumplido su vigésimo primer año *(f)* pierden la aptitud de ser mayores á esta edad y se prolonga su minoría cuatro años.

En segundo lugar, no deben confundirse con los derechos adquiridos las simples espectativas que, fundadas en la antigua ley, se encuentran destruidas por la ley nueva. Este resultado nada tiene de comun con el principio que garantiza el mantenimiento de los derechos adquiridos. Así, segun la ley sobre las sucesiones, ciertas personas determinadas pueden esperar la herencia *ab intestato* de un mi mbro de su familia y acaso han establecido un genero de vida conforme á esta esperanza. Si una ley nueva sobre sucesiones viene á destruir estas esperanzas, semejante cambio en el derecho puede serles perjudicial; pero nuestro principio no se opone á este resultado, porque proteje únicamente los derechos adquiridos y no simples esperanzas. Así tambien, cuando un indivíduo recibe de un hombre rico sin hijos la seguridad de ser instituido su heredero universal puede encontrar anulada esta esperanza de igual manera que por un cambio de voluntad del testador, por una ley nueva, dictada durante la vida del mismo, ley que prohiba los testamentos *(g)*. Pero no deben confundirse las simples esperanzas con los derechos que no pueden todavía ser ejercitados por estar sometidos á una condícion ó á un plazo. Estos son realmente ya derechos, puesto que cumplida la condicion tiene un efecto retroactivo. La diferencia consiste en que la espectativa depende, en cuanto á sus resultados, de la simple voluntad de una persona extraña, lo cual no tiene lugar para la *condictio* ni el *dies* (*h*).

El principio contenido en estas dos fórmulas tiene dos significaciones diversas igualmente verdaderas é importantes: la una relativa al legislador y la otra al Juez.

Para el legislador este principio significa que no debe dar á las leyes nuevas efecto retroactivo ni atentar á los derechos adquiridos (*i*).

(*f*) Otra cosa sucede para los que en la época de la nueva ley tenian veintiun años cumplidos; porque la mayor edad era ya para cada uno de ellos un derecho adquirido.

(*g*) Meier p. 32, 23.

(*h*) V. t. II, § 116; 117, 120; Chavot, t. I, p. 128; Meyer, p. 30-32. p. 172.

(*i*) Esto es lo que expresa la L. 65, C., de decur. (X, 31): «*cum con-*

Para el juez significa que toda ley nueva, aunque no lo expresa claramente, debe ser interpretada y aplicada de manera que no se le atribuya efecto retroactivo y se respeten los derechos adquiridos.

Así, pues, cuando en un país donde podría verificarse la enajenacion de la propiedad por simple contrato, exige una nueva ley la tradicion, esta ley deberá entenderse, segun nuestro principio, en este sentido: «El que en el porvenir quiera enajenar una propiedad, deberá recurrir á la tradicion.» De este modo habrá el legislador de entender, sin expresarla, la prescripcion y aplicarla los jueces.

Hasta aquí he tratado de determinar la significacion propia del principio, de mostrar sus diversas aplicaciones y de encerrarlo en sus verdaderos límites. Pero no he abordado todavía la cuestion principal, á saber: ¿debemos admitir por punto general este principio como verdadero? ¿En virtud de qué motivos puede hacerse tal afirmacion?

Podría pretenderse suscitar la objecion siguiente: toda ley nueva se hace con la conviccion de su superioridad sobre la que reemplaza. Segun esto, podría procurarse extender cuanto fuera posible su eficacia, con el fin de agrandar el círculo del mejoramiento que se espera. Este punto de vista tiene analogía con la idea expuesta anteriormente con motivo del derecho territorial (§ 348), sobre que en todos los casos de colision local entre las leyes no debería cada uno aplicar más que la ley de su país. De igual manera que entónces opusimos á este principio especioso el principio verdadero de que toda relacion jurídica debía juzgarse segun la ley á cuyo dominio pertenecía naturalmente, de igual modo, aquí, donde se trata de la eficacia temporal de la regla, debemos encerrar el imperio de cada nueva ley en sus límites naturales. Ahora bien, los límites naturales del imperio de una nueva ley son, segun el principio precedentemente expuesto, la no retroactividad y el mantenimiento de

---

veniat leges futuris regulas imponere, non prœteritis calumnias excitare.» La mayor parte de los demás textos presentan más bien una instruccion dirigida á los Jueces: tal es, principalmente, el texto de donde está tomada casi literalmente la L. 65 citada. L. 3, C., tít. de Const. (I, 1): «Omnia constituta non præteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam imponunt.»

los derechos adquiridos. La verdad de esta doctrina resulta de las siguientes consideraciones:

Primero. Es muy importante y muy de desear que los ciudadanos tengan una confianza inquebrantable en el imperio de sus leyes existentes. Esto no quiere decir una confianza en su inmutable duracion, pues segun las circunstancias, la esperanza de un mejoramiento, de un progreso, puede ser un deseo fundado y saludable. Quiere decir, la confianza de que en tanto que las leyes subsistan conservarán su imperio y su eficacia. Cada uno debe, pues, poder contar con que los actos jurídicos que realice con arreglo á las leyes existentes para adquirir derechos, conservarán en el porvenir toda su eficacia.

Segundo. No es ménos importante ni ménos de desear, ver mantener el estado del derecho y de los bienes. Pero este mantenimiento, en lo que para ello puede contribuir la legislacion, se encuentra favorecido por nuestro principio y comprometido por el principio contrario.

Tercero. El principio contrario debe rechazarse por el solo motivo de que es imposible sacar de él todas las consecuencias necesarias, pues su aplicacion es forzosamente accidental, inconsecuente, y por lo mismo injusta, supuesto que abraza únicamente ciertas clases de actos jurídicos y no puede alcanzar á los demás. Si se quisiera aplicar en todo su rigor el principio contrario en un país donde la propiedad pudiese enajenarse por simple contrato, cuando una ley nueva exigiera la tradicion, todas las enajenaciones anteriores vendrían á ser nulas, ó tendrían necesidad de convalidarse por una tradicion inmediata. La imposibilidad de semejante estado jurídico es tan evidente, que ciertamente serían rechazadas sus consecuencias por los mismos que consideran la retroactividad, prohibida hoy por las leyes positivas, como conforme con la naturaleza de las cosas. Se creyó haber formulado de una manera general la cuestion del efecto retroactivo, pero realmente no se tenían en cuenta más que actos jurídicos no consumados, contratos obligatorios principalmente, cuya ejecucion debía ser posterior á la ley nueva (*k*). Restringida así la retroactividad, se

---

(*k*) Tal es principalmente el punto de vista de Weber, p. 108, que

concibe; pero esta restriccion accidental y arbitraria prueba que la retroactividad es imposible como principio general, é injusta en su única aplicacion posible.

§ CCCLXXXVI.—A. *Adquisicion de los derechos.—Principio fundamental.* (Continuacion).

El principio que domina en las reglas relativas á la adquisicion de los derechos, no ha sido examinado todavia más que bajo el punto de vista general de la naturaleza y del destino de las leyes; paso ahora á las decisiones legislativas sobre esta importante cuestion.

Aquí encontramos ante todo una ley dictada para el imperio de Oriente por el emperador Teodosio II en el año 440 (*a*), ley que ha ejercido la más decisiva influencia tanto sobre la legislacion como sobre la práctica y la doctrina de los autores. Se halla concebida en los siguientes terminos:

«Leges et constitutiones futuris certum est dare forman negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.»

El importante contenido de esta ley, que confirma plenamente la doctrina más arriba expuesta, puede reducirse á los principales puntos siguientes:

No distingue las consecuencias pasadas y las consecuencias futuras de los actos jurídicos, sino los actos pasados y los actos futuros. «Las leyes nuevas, dice, se aplican á todos los actos jurídicos ulteriores (futuris... *negotiis*), no á los actos pasados (non ad facta præterita revocari), aunque sus efectos no se hubieran cumplido todavía (adhuc *pendentibus* negotiis) (*b*).

---

mantiene la propiedad adquirida por simple contrato bajo el imperio de la antigua ley, aunque una ley nueva exija la tradicion para trasferir la propiedad. Pero no permanece fiel â su principio, porque sin apercibirse de ello se impone restricciones inconsecuentes y arbitrarias.

(*a*) L. 7, C., de legibus (I, 14). Se reproduce este texto literalmeute en una decretal de Gregorio IX; C. 13, X, de const., (I, 2) y su pensamiento vuelve á encontrarse en el C., 2, eod.

(*b*) La excepcion reservada para los *pendentia negotia* no existe en los casos ordinarios. El *pendens negotium* es un contrato realizado al dictarse la nueva ley, pero que no habiéndose ejecutado en totalidad ó

Admite, sin embargo, la retroactividad en el caso en que una ley nueva se la atribuyera por excepcion; por donde se ve que se trata aquí de una regla de interpretacion para el juez y no de una regla de conducta para el legislador, al cual se le reserva expresamente una entera independencia en cada caso particular. Aunque no se hubiera hecho esta reserva, se implicaría por sí misma, puesto que de lo futuro podría ser abolida esta prescripcion, tanto en su conjunto como en su aplicacion á cada caso particular.

El punto de vista en que se coloca el autor de esta ley es igualmente notable. No pretende dictar una disposicion nueva que reemplazase á una disposicion contraria; quiere únicamente expresar lo que resulta necesariamente de la naturaleza y del objeto de la legislacion (certum est): lo cual no es más que una instruccion dirigida á los jueces para precaverlos de todo error posible sobre esta cuestion. Por lo demás, no debemos dudar de que esta regla haya sido reconocida en todo tiempo por los jurisconsultos romanos; el que no tengamos testimonio más antiguo de ello, se debe á circunstancias puramente accidentales (b[1]).

Por último; se ha visto más arriba que hay dos clases de leyes nuevas: unas aisladas y especiales (§ 383, núm. 1), otras que componen una coleccion, es decir, dando fuerza de leyes á un conjunto general de reglas (§ 383 núm. 2, 3, 4). La ley que nos ocupa no habla evidentemente más que de la primera clase de reglas; pero su contenido se aplica tambien á la segunda.

El principio fundamental que bajo su forma general expresa la ley de Teodosio ha sido reconocido en diversas

---

en parte, debe tener sus efectos en el porvenir. La expresion *negotium* se emplea en nuestro texto *a potiori*, pues la mayor parte de los hechos jurídicos, sino todos, son verdaderos actos jurídicos (§ 384, *e*). Se encuentra tambien en otras partes la expresion *negotium* aplicada á un hecho que no es ciertamente un acto jurídico, á la apertura de una sucesion ab-intestato. L. 12, in f., C., de suis (VI, 55). Entre los *pendentia negotia* figuran incontestablemente aquellos en que se ha entablado un litigio que no ha terminado todavía, creo sin embargo, que esta expresion designa aquí el caso expuesto especialmente. No sucede lo mismo con la frase «*causis*... quæ *in judiciis* ad huc pendent» en la const. *Tanta*, § 23.

(b 1) Esto se halla formalmente reconocido en Ciceron, in verrem, I, 42, como principio antiguo é incontestable.

constituciones dictadas como leyes nuevas sobre cuestiones particulares de derecho, adicionándole, sin embargo, que no disponen más que para el porvenir y que no tienen efecto retroactivo: esta adicion tiene aquí el carácter de una ley transitoria (§ 383). Algunas de estas constituciones son notables en cuanto expresan claramente el carácter más arriba asignado á nuestro principio, el de mantener las consecuencias ulteriores de los actos pasados (*c*) Otros indican perfectamente el motivo de nuestra regla, á saber: que aquel que, fiándose en las leyes existentes, conforma con ellas sus actos no merece censura alguna, pues no ha podido prever la futura ley, ni tenerla en cuenta (*d*).

Vamos ahora á investigar cuál es para nosotros, bajo el punto de vista del derecho comun, la significacion de estas decisiones del derecho romano; en esta indagacion podemos comprender las excepciones hechas por el derecho romano en que se admite la retroactividad conforme á la reserva general de que se ha hablado, dejando para otro lugar la mencion de los casos particulares. Los autores concuerdan en reconocer fuerza de leyes verdaderas á todas las decisiones del derecho romano relativas tanto á la regla como á la excepcion en todas partes donde el derecho romano está en vigor. No estoy de ningun modo convencido de la verdad de esta doctrina.

Desde luego la rechazo en principio. Ya consideremos estas decisiones como instrucciones para el legislador, ya para el juez, lo cual es en sí igualmente verdadero (§ 385), no tienen para nosotros, en los países regidos por el derecho romano, fuerza de leyes obligatorias (*e*).

En segundo lugar, rechazo esta doctrina á causa del contenido especial de las decisiones de que aquí se trata. La decision general que niega la retroactividad y sus di-

---

(*c*) L. un., § 16, C., de rei ux. act. (V, 13): «instrumenta enim jam confecta viribus carere non patimur, *sed suum expectare eventum.*» L. un., § 13, C, de latina libert. toll. (VII, 6): «Sed si quidem liberti jam mortui sunt et bona eorum quasi Latinorum his, quorum intererat, aggregata sunt, *vel adhuc vivunt,* nihil ex hac lege innovetur, *sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta et vindicanda.*»

(*d*) L. 29, C., de test. (VI, 23); Nov. 22, C. 1. Este principio se halla tambien reconocido en las constituciones siguientes: L. 65, C., de decur. (X, 31); L. 18, C. de testibus (IV, 20); Nov. 66, C. 1, § 4, 5.

(*e*) V. t. I, § 27, 49.

versas reproducciones (notas *a*, *c*, *d*) no crean un derecho nuevo ni son en realidad más que instrucciones para la interpretacion de nuevas leyes. Así, respecto á estas decisiones la cuestion es completamente ociosa.

No sucede lo mismo respecto á las diversas excepciones al principio que tienen en sí un carácter enteramente positivo. Y, sin embargo, tambien en este punto un exámen más atento nos conduce al mismo resultado. Con el fin de poner más de relieve el asunto voy á discutir las leyes de Justiniano sobre el interés del dinero. El año 528 ordenó Justiniano que el interés del 12 por 100, permitido desde hacía siglos, se redujese al 6 por 100 (*f*). Bien pronto, habiéndose suscitado dudas respecto á los intereses estipulados ántes del año 528, dictó en 529 una ley transitoria (*g*) estableciendo que los intereses vencidos ántes del 528 se regulasen conforme á la antigua ley y que los intereses vencidos despues de dicha época, como todos los futuros, se regulasen conforme á la ley nueva (*h*). Ahora bien; cada cual reconocerá que no se trata aquí del contenido inmediato de la ley, pues ciertamente ningun juez tendría que decidir sobre una estipulacion de intereses anterior al año 528. Tampoco puede tratarse de aplicar la ley en los países en que rige el derecho romano desde hace siglos, pues faltarían igualmente hechos que diesen materia á esta aplicacion. El único caso de aplicacion posible sería el de un país donde el interés fuera enteramente libre que se incorporase á un Estado regido por el derecho romano, el cual prohibe el interés más allá del 6 por 100. Aquí podría pretenderse aplicar la ley transitoria de Justiniano á las estipulaciones de intereses formalizados en este país ántes de su incorporacion. Pero yo rechazaría tambien esta aplicacion como improcedente, como conforme sólo á la letra de la ley y contraria á su espíritu. En efecto, toda ley transitoria distinta de una simple instruccion y teniendo, como la de Justiniano, un efecto retroactivo, es de una naturaleza rigurosamente positiva y se hace por consiguiente, para el tiempo y las cir-

---

(*f*) L. 26, C., de usuris (IV, 32).
(*g*) L. 27, C., de usuris (IV, 32).
(*h*) Esta última disposicion es retroactiva, y por consiguiente, deroga nuestro principio (§ 385).

cunstancias actuales; no expresa una regla apropiada á todos los tiempos y á todas las circunstancias. Justiniano pudo, pues, haber ordenado aquí la retroactividad por creer con razon ó sin ella, que respondía á las necesidades ó á las conveniencias de su época. Si ahora quisiéramos aplicarla sería ir más allá de las intenciones de la ley: sería admitir sin el menor fundamento que Justiniano ha querido extender su prescripcion á todos los tiempos cuyas necesidades y conveniencias no podía prever.

Por más que conforme á los motivos que acabo de exponer rehuse á estas decisiones del derecho romano fuerza de leyes obligatorias, áun en el dominio de nuestro derecho comun, estoy muy léjos de desconocer su interés é importancia. La tienen ciertamente muy grande; pues desde hace siglos ejercen poderosa autoridad sobre la legislacion, la práctica de los tribunales y las teorías de los autores. Por eso, á pesar de las divergencias de detalle, se ha llegado en el fondo á un acuerdo que, sin esta base comun, no era ciertamente permitido esperar.

§ CCCLXXXVII.—A. *Adquisicion de los derechos. Principio fundamental.* (Continuacion.)

El principio del derecho romano que rechaza la retroactividad ha pasado á las principales legislaciones modernas.

I) Legislacion prusiana.

La introduccion del Código prusiano expresa este principio en los siguientes términos:

§ 14. «Las leyes nuevas no pueden aplicarse á los actos ni á los hechos anteriores á su promulgacion.»

Esta prescripcion tiene evidentemente el sentido de una instruccion para los Jueces, de manera que las palabras *no pueden* equivalen á *no deben.*

En lo que toca al legislador, el proyecto contenía un texto que expresaba la reserva de las excepciones, como lo hemos visto en derecho romano (*a*). Esta reserva ha sido omitida en el Código y fué reemplazada por la excepcion de

---

(*a*) Entwurf eines Gesetzbuchs Einl., § 20. «El soberano puede solamente por motivos de interés general extender una ley nueva á casos anteriores.»

que las leyes penales nuevas si son más dulces que las antiguas se aplican tambien á los delitos cometidos ántes de su promulgacion *(b)*. Pero esta omision no tiene importancia porque evidentemente el legislador tiene siempre derecho de dar por excepcion efecto retroactivo á una ley nueva.

La prescripcion arriba trascrita concuerda tambien con el derecho romano en cuanto que sustrae expresamente del imperio de la ley nueva los actos jurídicos anteriores «los actos y los hechos» y por consiguiente mantiene los efectos de estos actos, tanto para el pasado como para el porvenir.

Independientemente de esta disposicion general que para todas las leyes actuales y futuras marca en el tiempo los límites de su aplicacion, debemos mencionar varias disposiciones transitorias motivadas por la introduccion de la legislacion prusiana actual, ya en un país entero, ya en una parte de él (§ 383). Todos reconocen el principio y hacen de él aplicaciones particulares.

II) Legislacion francesa.

El Código civil reconoce nuestro principio en estos términos *(c)*:

«La ley sólo dispone para el porvenir; no tiene efecto retroactivo.»

La brevedad de este texto y el empleo de la frase técnica (efecto retroactivo), no permiten dudar que el legislador ha querido sancionar plenamente la doctrina fundada en el derecho romano y desenvuelta desde hace largo tiempo por el derecho científico de todos los pueblos; la práctica está conforme con esta interpretacion.

El Código penal establece la regla en el mismo sentido absolutamente *(d)*. El efecto retroactivo de las leyes penales, cuando la ley nueva es más benigna que la antigua, no se declara por la ley misma como en el derecho prusiano; pero ha sido reconocido por la jurisprudencia.

(*b*) Einleitung zum A. L. R., § 18-20. Se encuentra en los §§ 16-17 otra excepcion referente á la forma de los actos jurídicos. Hablaré de ella más adelante (§ 388, *c*).

(*c*) Código civil, art. 2.

(*d*) Código penal, art. 4.

III) Legislacion austriaca.

Aquí no encontramos tampoco más que un texto muy corto *(e)*:

«Las leyes no tienen efecto retroactivo: así, pues, no ejercen ninguna influencia sobre los actos anteriores á su promulgacion, ni sobre los derechos adquiridos.»

La observacion hecha á propósito del derecho francés se aplica igualmente aquí, y áun segun los términos de este texto, es más evidente todavía que el legislador ha querido apropiarse en su conjunto la teoría reconocida y desenvuelta por el derecho comun.

El derecho científico ha tenido tanta mayor influencia sobre la teoría que nos ocupa, cuanto ménos se ha hecho sentir la accion de la legislacion: Creo, pues, necesario presentar algunas observaciones preliminares sobre la situacion de nuestros autores respecto á esta teoría. El conjunto general nos ofrece un acuerdo mayor que pudiera esperarse; lo cual se debe á la influencia ejercida durante siglos por las decisiones del derecho ramano (§ 386), y tambien á la fuerza misma de las cosas.

Sin embargo, existe divergencia de opiniones y éstas son de una doble naturaleza. Las más se refieren á la inteligencia más ó ménos completa de las diversas relaciones de derecho en lo que toca á nuestra cuestion, y me reservo hablar de ellas cuando trate de estas relaciones de derecho. Las otras se refieren á las tentativas hechas para formular en principios generales ideas más ó ménos claras y estas divergencias tienen principalmente un carácter teórico. El exámen detallado y la crítica de estas diferentes tentativas no tendrían la utilidad que parece prometer semejante trabajo. Bastará señalar los principales rasgos de ellas en los autores que se han ocupado especialmente de estas fórmulas generales.

Weber insiste especialmente en la distincion que sigue *(f)*: «Se puede, dice, ensayar primero en tratar la ley nueva como si perteneciese á un tiempo más antiguo, de manera que le fueran sometidos los efectos pasados de los actos jurídicos. Esto es retroactividad; pero una retroacti-

---

(e) Gesetzbuch, § 5.
(f) Weber, § 21, 27.

vidad censurable. En segundo lugar, puede limitarse á regular para el porvenir, segun la ley nueva, los efectos de los actos jurídicos anteriores, y en estos límites es legítima la retroactividad.» Weber se imagina haber encontrado esta distincion fundamental en la naturaleza de las cosas; pero en realidad ha sido determinada por la influencia de la L. 27, C., de usuris (§ 386, *g*), cuya prescripcion particular y arbitraria trasforma el autor, sin saberlo, en un principio general. He mostrado ántes (*g*) de qué manera se ha visto obligado á abandonar, sin apercibirse de ello, las consecuencias de su principio para escapar en la aplicacion á una imposibilidad absoluta.

Bergmann toma como punto de partida una distincion más general (*h*). De un lado coloca lo que está conforme con la naturaleza de las cosas, de otro lo que se halla establecido por las leyes positivas del derecho romano. Segun él lo que está conforme con la naturaleza de las cosas es lo que Weber dice ser el contenido del derecho romano. La ley no debe ser adelantada de fecha, es decir, que no debe aplicarse á los efectos ya pasados; pero respecto al porvenir, debe regular los efectos de los actos jurídicos anteriores. Las leyes positivas del derecho romano se apartan doblemente de estos principios. En primer lugar, mantiene para el porvenir los efectos de los actos jurídicos anteriores; en segundo lugar, protege no sólo los derechos adquiridos, sino tambien las simples expectativas.

Debemos principalmente censurar á este último autor por presentar el contenido del derecho romano en oposicion directa con el derecho fundado en la naturaleza de las cosas, lo cual es absolutamente contrario con las intenciones de Teodosio II y con el espíritu del texto principal insertado por Justiniano en su coleccion (§ 386, *a*); sería preciso admitir entónces que los legisladores romanos se hubiesen equivocado completamente y no que hubieran creado de propósito un derecho positivo nuevo. Por lo demás, Bergmann sigue en el fondo el mismo camino que Weber. Este último, como ántes he dicho, formula su teoría, sin darse cuenta de ello, bajo la influencia de la L. 27, C., de usuris;

(*g*) V. § 385, *k*.
(*h*) Bergmann, § 4, § 22, § 30.

de igual manera Bergmann sufre la influencia de dos novelas de Justiniano (N. 66 y N. 22, C. 1). Bajo la falsa apariencia de una crítica histórica, tomando como punto de partida algunas expresiones generales de estas novelas y sus prescripciones arbitrarias, fabrica una teoría de retroactividad permitida y no permitida de las leyes, segun la suposicion tácita y gratuita de que Justiniano ha querido en dichas novelas establecer esta teoría como regla general para la aplicacion de todas las leyes nuevas.

Por último, Struve no nos dice nada de nuevo sobre la retroactividad; difiere de los otros autores más por la forma que por el fondo. Debe reconocerse, sin embargo, que le pertenece en propiedad la idea de que las reglas sobre la aplicacion de las leyes nuevas al pasado y al porvenir deben ser exclusivamente deducidas por el Juez segun la naturaleza de cada negocio, y no dependen de las leyes positivas. Segun él, toda tentativa de regular legislativamente esta materia es radicalmente nula, y los Jueces no deben tenerla en cuenta. Por esta razon rechaza en absoluto toda legislacion transitoria (*i*). Así entendida la posicion de los Jueces respecto á las leyes, es preciso admirar la modestia del autor que encierra su sistema en el estrecho círculo de las cuestiones de derecho relativas á la retroactividad. Cuando se examina imparcialmente el asunto hay que convencerse de que si esta doctrina es en sí verdadera debe abrazar la universalidad de las cuestiones de derecho.

§ CCCLXXXVIII.—A. *Adquisicion de los derechos. Aplicacion del principio fundamental.*

Antes de pasar á las aplicaciones del principio fundamental que acabo de exponer, debo señalar una diferencia importante para nuestra indagacion, diferencia que se desprende de la naturaleza de los hechos jurídicos. La mayor parte de estos hechos son acontecimientos simples, pertenecientes á un tiempo preciso, tales como los contratos, que consisten en una declaracion de voluntades conforme, es decir, en un acto momentáneo, donde no se tienen en

---

(*i*) Struve, p. 6., p. 30, 34, p. 153, 154.

cuenta los largos preparativos que pueden haberle precedido. Respecto á esta clase de hechos es siempre posible determinar si una ley les es anterior ó posterior.

Pero hay otros actos que abrazan todo un período de tiempo, ya sea que supongan la continuacion de un cierto estado de cosas, tal como la usucapion y la prescripcion, ya sea que resulten de varios acontecimientos pertenecientes á diferentes épocas, tales como los testamentos. Determinar cuál es en el tiempo la relacion de estos hechos con una ley nueva es una cuestion difícil y complicada, que exige un exámen atento de distincion de circunstancias diversas; pues la ley nueva puede colocarse en el intervalo que media entre el principio y el complemento de estos actos.

Respecto á los hechos de la primera especie (los acontecimientos momentáneos), nuestra atencion debe versar principalmente sobre la capacidad de obrar de las partes y sobre la forma jurídica de los actos. Creo deber aquí hacer una observacion preliminar comun á una y á otra.

La capacidad de obrar se juzga exclusivamente segun la fecha de los actos jurídicos, tanto en lo que toca al estado de los hechos, como á la ley en vigor. Si, pues, verifica un menor un contrato sin su tutor, este contrato es nulo, áun despues de que el menor haya cumplido su mayor edad, ó aunque una ley posterior adelantara la época de dicha mayor edad. La recíproca es igualmente verdadera; así, pues, el contrato hecho bajo el imperio de la ley francesa por un indivíduo de edad de veintiun años permanece válido, aunque poco despues se sometiera el país bajo el dominio del derecho romano que fija en veinticinco la mayor edad. Así, no tengo noticia de que se hayan suscitado nunca dudas sobre este punto. Sucede lo mismo cuando se obliga á una mujer por caucion, á pesar de la prohibicion del derecho romano (*Sc. Veleyano*), y se deroga más tarde esta ley ó recíprocamente. En el primer caso la caucion es nula; en el segundo permanece válida, á pesar del cambio de la ley (*a*).

La forma de los actos jurídicos debe tambien regularse segun la ley vigente en la época en que se verificó el acto,

---

(*a*) Sobre el Senado-consulto Veleyano, Meier expresa una opinion diferente de ésta. Hablaré de ella más adelante (§ 392), con motivo de los contratos.

de manera que una ley posterior no tiene influencia alguna sobre su validez, ya dicte una forma más fácil, ya más difícil. Se puede expresar esta proposicion en los siguientes términos: *tempus regit actum*, semejantes á los de la regla del derecho local: *locus regit actum* (§ 381), y aún presenta mayor grado de certidumbre y de necesidad que esta última, pues se la puede considerar fundada en un derecho general consuetudinario y destinada á favorecer los actos jurídicos. En efecto, respecto á la regla del derecho local, motivos de equidad hacen algunas veces que se permita á las partes elegir entre dos derechos el del lugar en que el acto se verifica y el del lugar á que el acto jurídico pertenece bajo otras relaciones, por ejemplo, el derecho del domicilio. En cuanto á la regla *tempus regit actum* esta alternativa es imposible, pues nadie podría prever que la forma del acto haya de cambiarse por una ley futura y bajo qué forma hubiera de ser cambiada. Así, los autores concuerdan en reconocerla unánimemente (*b*).

Sólo hay un caso en que podrían suscitarse dudas acerca de la generalidad de la regla: cuando la ley nueva facilita la forma de un acto jurídico. Aqui podría pretenderse, por condescendencia y con el objeto de mantener los actos jurídicos, admitir la validez del acto, si la forma, insuficiente en el orígen, se halla más tarde que coincide con las prescripciones de la nueva ley. Esto es, en efecto, lo que decide la ley prusiana (*c*). Pero esta decision me parece errónea y creo que lo contrario resulta de los principios generales del derecho, allí donde no existe una ley semejante.

El legislador prusiano parece haber considerado las formas positivas de los actos jurídicos, como restricciones impuestas á la libertad individual en vista del interés general: tales son, por ejemplo, los impuestos que el Estado puede, sin violar el derecho, rebajar en su conjunto ó perdonar graciosamente á los particulares; así, respecto al impuesto del timbre, cuando se ordena el empleo del papel sellado

---

(*b*) Weber, p. 90 y sig.; Meier, p. 19, 29, 43, 61, 89.

(*c*) Allg. L. R. Einleit. § 17: «Los actos nulos por el defecto de formas, en virtud de las leyes antiguas son válidos si estaban revestidos de las formalidades exigidas por las leyes nuevas, en la época en que se emprendió el litigio.

como condicion para la validez de un acto. Este punto de vista es verdadero, pero no lo es para las demás formas, segun lo muestra el ejemplo siguiente.

Hoy, aquel que en Berlin otorga un testamento ológrafo, ejecuta un acto nulo, que á su muerte no puede conferir ningun derecho. Pero si ántes de la muerte del testador se estableciese en Prusia la ley francesa que reconoce los testamentos ológrafos, segun la ley citada más arriba (nota c), su testamento sería válido y regularía el órden de la sucesion. Aparentemente no hay aquí más que un favor concedido al testador por humanidad, mas esto es muy disputable. Una ley que, como la prusiana actual no reconoce más que los testamentos otorgados en juicio, ha sido dictada por diversos motivos, fundados todos en la importancia de los testamentos comparados con los demás actos jurídicos. La intervencion necesaria del juez previene la suposicion de un testamento falso, las resoluciones irreflexivas contra determinadas personas á causa de un arrebato pasajero, y por último, las influencias egoistas contra las cuales queda indefensa la debilidad de un testador aislado y sin consejos. Todos estos motivos refiérense al interés de los particulares, no al del Estado; y si la ley nueva les atribuye ménos valor, no deja por eso de ser asunto delicadísimo el decidir si el interés verdadero del testador, esto es, el mantenimiento de una voluntad real, séria y reflexiva, consiste en dar un efecto retroactivo á un testamento declarado nulo por el derecho anterior.

Esto resulta más evidente aún si procuramos explicar los motivos que indugeron al testador á no seguir las formas del derecho establecidas en la época en que otorgó su testamento. A caso fué únicamente por ignorancia del derecho por lo que no revistió de formas legales una voluntad séria y reflexiva, y sin duda que la disposicion del código que consideramos como un favor, se hizo en esta hipótesis. Mas tambien pudo ocurrir que el testador hubiese conocido el derecho existente; en cuyo caso, su testamento ológrafo sería sólo el proyecto de un testamento judicial, proyecto acerca del cual se reservaba reflexionar más maduramente, entónces esta ley vendría á confirmar un testamento que acaso jamás hubiera llegado á realizarse. Por otra parte, puede decirse que, cuando el testador mantiene su testamen-

to ológrafo despues de la promulgacion de la ley nueva, es como si lo hubiese escrito de nuevo para lo cual tenía indudablemente expedito su derecho. Pero nada más frecuente en materia de testamentos que la vacilacion y la duda, y de aquí que nada hay tampoco más incierto que el hacer congeturas acerca del resultado de una voluntad verdadera y definitiva, lo que equivale á entrar en la discusion de circunstancias accidentales y hechos problemáticos; asi que, si se examina imparcialmente la cuestion, se reconocerá que no hay motivos suficientes para abandonar la regla de derecho *tempus regit actum*; pues esta pretendida humanidad nos expone á sancionar actos en oposicion directa con la verdadera voluntad del difunto.

En la aplicacion á las diversas relaciones del derecho seguiremos el órden adoptado en el primer capítulo (*d*).

I) Estado de la persona en sí.

II) Derecho de las cosas.

III) Derecho de las obligaciones.

IV) Derecho de sucesion.

V) Derecho de la familia.

No nos ocuparemos ya especialmente de la forma de los actos jurídicos, pues esta cuestion acaba de ser tratada en este lugar.

§ CCCLXXXIX.—A. *Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.*—I. *Estado de la persona en sí.*

Las nuevas leyes que tienen por objeto el estado de la persona en sí, y especialmente la capacidad de obrar, deben ser examinadas bajo dos puntos diferentes: primero, en lo relativo á su accion posible sobre los actos jurídicos ejecutados con anterioridad á la nueva ley por la persona interesada, despues, en lo que se refiere al estado personal mismo que debe regular la nueva ley. Ya hemos tratado la primera cuestion (§ 388); réstanos, pues, ocuparnos de la segunda, ó sea de saber cómo una ley nueva concerniente al estado personal influye sobre las relaciones jurídicas de

---

(*d*) Sólo nos ocupamos aquí de las materias del derecho privado, como lo hicimos al tratar de los límites del derecho local. (§ 361, *a*, § 384, *b*).

esta especie, existentes en la época de su promulgacion, y muy en particular si tiene aquí aplicacion nuestro principio que excluye la retroactividad.

Este principio rara vez podrá aplicarse al estado de la persona en sí; pues lo que constituye este estado tiene de ordinario una naturaleza de tal modo abstracta, que no sabríamos ver en ella derechos adquiridos; sólo en circunstancias especiales, y por tanto, por excepcion, podemos atribuirle este carácter (§ 385, *d*, *e*, *f*). Así, pues, nuestro principio sólo en èstos casos modifica la accion de la ley nueva sobre el estado de cosas anterior; en todos los demás casos la ley nueva recibe una aplicacion inmediata é ilimitada. Vamos á exponer ahora los casos más importantes del estado de la persona en sí.

1) Hé aquí las reglas relativas á la edad. Toda ley nueva que prolonga ó reduce la minoría aplícase inmediatamente á todos los menores del país, de modo que ninguno de ellos puede pretender tener en virtud de la nueva ley un derecho adquirido para hacerse mayor en la época fijada por esta ley.

Sin embargo, no acontece lo mismo para aquellos que habían llegado á ser mayores por la antigua ley, aun cuando debieran ser menores por la ley nueva. En efecto, para estas personas determinadas la mayoría y la independencia á ella aneja es un derecho adquirido por el cumplimiento del término que establecía la ley antigua. Declararlos menores nuevamente y volverlos á poner bajo tutela, sería un efecto retroactivo contrario á nuestro principio, y aunque la ley lo ordenase expresamente, debería considerarse como una (censurable) excepcion del principio (*a*).

El siguiente caso, tomado como término de comparacion, prueba la verdad de lo que afirmamos. Cuando un menor es declarado mayor, ya por el soberano del país (segun el derecho romano), ya por un tribunal de tutela (segun el derecho prusiano), nadie pondrá en duda que la mayoría con sus consecuencias tiene para él la naturaleza de un derecho adquirido. Supongamos, ahora, que poco despues y

---

(*a*) Debe, pues, aplicarse al caso de una ley nueva la regla establecida más arriba para el caso del cambio de domicilio. (§ 365, *p*, *q*).

ántes que este individuo haya alcanzado la edad legal cambia en el país la ley sobre la mayoría, el sujeto de que hablamos no dejará por eso de seguir siendo mayor. El beneficio que resulta en caso semejante de la resolucion del soberano ó de un tribunal, no podría negarse al que bajo el imperio de una antigua ley hubiese alcanzado la edad de la mayoría.

Los principios que acabamos de exponer han sido más de una vez confirmados por la legislacion prusiana.

La ley de 9 de Setiembre de 1814 que introdujo el código prusiano en las provincias de más allá del Elba, contiene (§ 14) el texto siguiente (*b*):

«Todos aquellos que ántes de 1.° de Enero de 1815 (*c*), se»gun las leyes vigentes en el país, no hubiesen alcanzado »aún su mayoridad, no serán mayores hasta la edad de »veinticuatro años cumplidos.»

Una disposicion semejante vuélvese á encontrar en las otras leyes transitorias de los años siguientes (§ 383) como tambien una ley de 1817 sobre la mayor edad hecha especialmente para Erfurt y Wandersleben (*d*).

Un autor que ha escrito acerca del derecho francés, sustenta una opinion contraria á la nuestra y pretende que en semejante caso el mayor se hace menor por efecto de la ley nueva, citando sentencias de los tribunales de Nimes y de Turin conformes á esta doctrina (*e*).

2) Las mismas cuestiones pueden presentarse relativamente al sexo, con la sola diferencia de que aquí no puede tratarse, como en la mayoridad, de un derecho personal adquirido.

Cuando en un país en que la tutela del sexo era hasta entónces desconocida, una ley nueva viene á establecerla en cualquier grado que sea (*f*), todas las mujeres del país se encuentran inmediatamente sometidas á ella, aconteciendo

---

(*b*) Cesetzsammlung. 1874, p. 93.

(*c*) El 1.° de Enero de 1815 era el dia en que el Código debia empezar á tener fuerza de ley.

(*d*) Gesetzsammlung, 1817, p. 201.

(*e*) Eichhorn, Deutsches Recht, § 324, 326.

(*f*) Meier, p. 97, 98.

lo mismo en el caso inverso en que una nueva ley aboliese la tutela establecida por razon del sexo (*g*).

Cuando se introduce el *Sc. Vellejanum* en un país en que las mujeres tienen como los hombres capacidad para ser fiadoras, esta restriccion afecta inmediatamente á todas las mujeres que quisiesen suscribir una fianza. La recíproca es igualmente verdadera, si una ley nueva deroga el *Sc. Vellejanum* (*h*).

En todos estos casos no hay en modo alguno fundamento para considerar la capacidad de obrar más extensa como un derecho adquirido por las mujeres que existen desde la promulgacion de la ley nueva y para restringir los efectos en la próxima generacion.

3) La cuestion que tratamos aquí ha sido planteada igualmente á propósito de la infamia (*i*).

Los casos más numerosos é importantes de esta especie no entran en nuestra investigacion, que sólo recae sobre el derecho privado y excluye el derecho penal; queremos decir, los casos en que la infamia nos aparece como una pena criminal; ya sola, ya unida á otras penas, ya como consecuencia de ellas.

La cuestion podría presentarse para diferentes casos de lo que se llama *infamia immediata*, pronunciada en derecho romano contra aquéllos que egercen ciertos oficios deshonestos (*k*). Si, pues, en tales casos una nueva ley establece la infamia, no es dudoso que afecte inmediatamente á aquéllos que egercen esos oficios, los cuales no podrían pretender haber adquirido el derecho de continuarlos durante toda su vida sin incurrir en infamia.

4) Por último, la cuestion puede aún presentarse para los pródigos, declarados tales por los tribunales, relativamente á las incapacidades que resultan de esta declaracion y con especialidad á la de administrar sus bienes.

Todo lo que hace la ley nueva respecto á este punto,

(*g*) Chabot, t. I, p. 29, 36.
(*h*) Chabot, t. II, p. 350, 353.
(*i*) Hemos procurado establecer t. II, § 83, que la infamia no está reconocida por el derecho actual. Aquí la mencionamos á propósito de las opiniones diferentes de la nuestra y de las nuevas legislaciones que la reconocen.
(*k*) V. vol. II, p. 29.

bien para gravar, bien para mejorar la condicion de los pródigos, debe aplicarse inmediatamente, sin que éstos pretendan que la continuacion del estado de cosas anterior sea para ellos un derecho adquirido (*l*).

§ CCCXC.—A. *Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.— II. Derecho de las cosas.*

Nuestro principio tiene su aplicacion más genuina y completa en el derecho de las cosas.

1) Propiedad.

Si este derecho se trasmite por simple contrato bajo el imperio de una ley que admite este modo de trasmision, la propiedad queda irrevocablemente adquirida, áun cuando la ley posterior exigiese la tradicion (*a*).

Recíprocamente, bajo el imperio de una ley que exige la tradicion, un simple contrato de venta sin ella no trasmite la propiedad, aunque una ley posterior declarase suficiente el simple contrato. Es preciso entónces para trasmitir la propiedad un contrato nuevo, ó la tradicion añadida al primer contrato (*b*).

2) Servidumbres.

La regla que acabamos de exponer referente á la propiedad, se aplica absolutamente cuando de dos leyes consecutivas una se contenta con un simple contrato y otra exige la tradicion ó cualquier otra forma positiva para el establecimiento de la servidumbre (*c*).

No acontece lo mismo con las servidumbres legales. Cuando no existen y una nueva ley las establece, nuestro principio no tiene aplicacion; y una vez dada la nueva ley, las restricciones á la propiedad que trae consigo, existen donde quiera se encuentren las condiciones de hecho exigidas por la ley (*d*). Hé aquí el motivo: las leyes de esta es-

---

(*l*) Meier, p. 99, 111, que cita en apoyo de su opinion una sentencia del tribunal de casacion de París. Chabot, t. II, p. 174, 179, tiene sobre este punto una opinion distinta.

(*a*) Así los reconoce tambien Weber, p. 108; pero en esto se manifiesta inconsecuente. Voy. § 285, *k*, § 387, *i*.

(*b*) Weber, p. 108, 109.

(*c*) Chabot. t. II, p. 361.

(*d*) Chabot. t. II, p. 361, Struve, p. 267.

pecie ménos tienen por objeto la adquisicion de un derecho que la constitucion (la manera de ser) de la propiedad, es decir, las condiciones y los límites traidos á su reconocimiento. Así, pues, el principio acerca de la no retroactividad de las leyes no se aplica á las reglas de esta naturaleza (§ 384-399)

3) Derecho de prenda.

Cuando en un país donde existe el derecho de prenda de los romanos, una ley nueva establece para un caso hasta entónces desconocido un derecho de prenda tácito á fin de proteger ciertos actos jurídicos, la ley nueva se aplica á todos los actos de esta especie hechos despues de su promulgacion, no á los ejecutados anteriormente. Así lo reconoció Justiniano cuando para proteger la dote creó un derecho de prenda tácito; pues dice expresamente que todas las disposiciones de esta ley muy extensa (por consecuancia tambien la referente al derecho de prenda tácito), no se aplicarán más que á las dotes constituïdas para lo futuro (*e*).

Si una nueva ley coloca un derecho de prenda en la categoría de las hipotecas privilegiadas, el privilegio sólo existe para las hipotecas de esta especie constituidas despues de la ley nueva (*f*). Pero entónces éstas aventajan á las demás hipotecas anteriores á la ley y los acreedores á quienes pertenecen deben, no bien la ley aparecezca, tomar sus precauciones para garantirse contra los efectos de estas hipotecas privilegiadas constituidas posteriormente (*g*).

El antiguo derecho romano permítia dar una cosa en prenda bajo la condicion de que el acreedor adquiriría la propiedad de ella si la deuda no era pagada á su vencimiento (*h*). Más tarde esta convencion fué prohibida (*i*). Segun

---

(*e*) L. un. § 16, C., de rei ux. act. (V, 13); Bergmann, p. 126.

(*f*) L. 12, § 3, C., qui pot. (VIII, 18) (privilegio de la dote). L. 27, in f. c. de pign. (VIII, 14) (privilegio de la *militia*).

(*g*) Pueden hacer valer inmediatamente su derecho de prenda, es decir, en una época en que aun no existe el peligro de un concurso posible más tarde.

(*h*) Vatic. fragm. § 9 (de Papinien). Esta especie de contrato se llama *lex commissoria*.

(*i*) L. 3, C., de pactis pign. (VIII, 35), es decir, L. un. C., Th. de commiss. resc. (III, 2). Weber, p. 6, 51; Meier, p. 17. Este último no se ha apoderado de los hechos históricos.

nuestro principio la prohibicion no hubiera debido alcanzar más que á las convenciones de esta especie hechas con posterioridad á la ley; pero su autor, el emperador Constantino, le atribuyó por excepcion un efecto retroactivo, extendiéndolas de este modo á las convenciones hechas anteriormente. Segun los motivos desenvueltos más arriba á propósito de una ley semejante sobre los intereses (§ 386), esta disposicion transitoria, aun en los países en que el derecho romano está en vigor, no ofrece para nosotros interés práctico alguno.

Las reglas que acabamos de exponer referentes á las leyes nuevas sobre el derecho de prenda, no son aplicables cuando en vez de tener por objeto, como las leyes de que acabamos de hablar, casos particulares del derecho de prenda, ó privilegios, establecen un nuevo sistema para el derecho de prenda mismo. Esto acontece cuando una nueva ley sustituye al derecho de prenda de los Romanos la publicidad de las hipotecas ó recíprocamente. Como la ley nueva no recae sobre una adquisicion de derechos para determinadas personas, sino sobre la existencia misma de los derechos (sobre la institucion del derecho), no puede tratarse del principio que excluye la retroactividad; en su aplicacion á los casos particulares los dos sistemas no pueden existir al mismo tiempo: la ley nueva debe recibir, pues, una ejecucion inmediata y exclusiva. Más adelante manifestaremos (§ 400), cómo debe verificarse la transicion del antiguo régimen al nuevo, para no comprometer ningun derecho.

4) Otros *jura in re.*

El derecho romano no reconoce al lado de la propiedad más que un número pequeño de derechos reales rigurosamente determinados, y de este modo impide la creacion arbitraria de nuevos derechos reales.

La legislacion prusiana sigue una marcha enteramente nueva en esta materia. Permite trasformar en un derecho real el derecho, puramente personal en sí, de usar de la cosa de otro desde que el usuario ha sido puesto en posesion de la cosa (*k*). Así, bajo esta condicion todos los loca-

---

(*k*) Koch, Prenszisches Recht; vol. I, § 223, 317.

tarios y colonos tienen en Prusia un derecho real que, en derecho romano, no puede ser más que un derecho de uso personal.

Si ahora el derecho prusiano es sustituido en un país por el derecho romano, todos los locatarios y colonos conservan el derecho personal que ántes tenían, y el derecho real no se confiere para lo futuro más que por los nuevos contratos de arrendamiento. —En el caso contrario los locatarios conservarían el derecho real, adquirido bajo el imperio del derecho prusiano; pero los nuevos locatarios no tendrían más que un derecho personal conforme al derecho romano.—Aquí, pues, decide aún absolutamente del derecho que ha de aplicarse la época en que tuvo nacimiento la relacion de derecho, y la ley nueva no tiene efecto retroactivo.

Podría pretenderse asimilar por una falsa analogía este caso al mencionado más arriba referente al sistema hipotecario del derecho romano y del prusiano. Consideraríase entónces el derecho real conferido á los colonos y locatarios como una ley nueva sobre la existencia de los derechos (la institucion de derecho): por consiguiente, no podría tratarse del principio que excluye la retroactividad y la ley nueva debería abrazar todas las relaciones de derecho existentes en la época de su promulgacion.

Pero estos dos casos tienen en realidad una naturaleza enteramente distinta. Los dos sistemas hipotecarios no pueden existir en concurrencia, porque en esta materia el caso más frecuente y difícil se refiere á las pretensiones de muchas personas á una misma cosa y á un mismo tiempo; preciso es, por tanto, que su rango quede exclusivamente determinado segun uno ú otro sistema. Por el contrario, nada impide que los derechos de muchos locatarios sean sometidos á diferentes reglas, cuando los contratos de arrendamiento han sido hechos en épocas diversas y bajo el imperio de leyes distintas, razon por la cual la cuestion del derecho real de los locatarios entra á formar parte de la especie de reglas que tienen por objeto la adquisicion de los derechos y á las que se aplica el principio exclusivo de la retroactividad.

§ CCCXCI.—A. *Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.* II. *Derecho de las cosas.* (Continuacion).

Comenzando el exámen de las diversas instituciones pertenecientes al derecho de las cosas, hay muchas de que sólo hemos hecho una somera mencion por presentar dificultades y complicaciones especiales, y en su consecuencia exigen ser reunidas y tratadas bajo un mismo punto de vista.

Tal es la adquisicion de la propiedad y de las servidumbres por la usucapion y la *longi temporis possessio* (que los alemanes comprenden bajo el nombre de *Ersitzung*); tal es la extincion de la servidumbre por el *non usus* y la *libertatis usucapio*, la cual para el propietario equivale á la liberacion de la servidumbre que grava sobre sus bienes (§ 388).—Todos estos casos tienen por carácter comun el no resultar de un acto simple y momentáneo sino de cierto estado continuado durante un determinado tiempo: estado que puede ser una actividad sostenida (posesion, cuasi posesion) ó una inaccion permanente.

Este carácter pertenece tambien á otras instituciones fuera del derecho de las cosas, y especialmente á la prescripcion de las acciones. Dicha prescripcion resulta, en efecto, de una inaccion continuada durante cierto tiempo, y como las instituciones de que acabamos de hablar produce la adquisicion de un derecho ó séase una excepcion que sirva para rechazar un derecho de accion que hasta entónces existía para cualquiera.

El reconocimiento de esta union íntima condujo antiguamente á hacer de estas instituciones una sola y misma especie que se designa bajo el nombre comun de prescripcion. Ya he censurado este punto de vista (*a*), que ha dado lugar á que se confundan ideas distintas realmente; pero la union íntima de estas instituciones no deja de ser por eso ménos real, mostrándose precisamente con más evidencia en lo que se refiere al efecto retroactivo. Vamos, pues, á reunir aquí todas estas instituciones, entre las que figuran en pri-

---

(*a*) V. t. III, § 177, t. IV, § 237.

mera línea y como tipo de todas las demás, la usucapion y la prescripcion de las acciones.

Hé aquí ahora los casos que pueden presentarse si una ley nueva viene á modificar en un punto cualquiera el derecho de usucapion ó el de la prescripcion de las acciones.

La nueva ley puede aparecer ántes de principiar la usucapion, y entónces, con toda evidencia, debe regularla sin que haya que atender para nada á la antigua ley.—La ley nueva puede aparecer despues del cumplimiento de la usucapion, en cuyo caso evidentemente no es aplicable, y el derecho adquirido conforme á la antigua ley debe ser mantenido en su integridad.—Por último, la ley nueva puede aparecer durante el curso de la usucapion, esto es, despues de su principio y ántes de su cumplimiento. Tales son los casos dudosos para los cuales conviene establecer algunas reglas.

Durante el curso de la usucapion no hay derecho adquirido y sí sólo una adquisicion preparatoria, por cuya razon la ley nueva debe obrar inmediatamente sobre este estado de cosas incompleto. Sin duda había la espectativa de una adquisicion más ó ménos lejana, pero en realidad las simples espectativas no son protegidas por el principio que excluye el efecto retroactivo (*b*). Examinemos ahora los diferentes casos que puede presentar una ley nueva de esta espcie.

1) La usucapion ó prescripcion de las acciones está abolida en general ó para ciertas aplicaciones determinadas. La ley abarca inmediatamente todos los casos de usucapion comenzada; de modo que se hace imposible toda adquisicion por este título.

2) Por un cambio inverso, se establece una usucapion ó una prescripcion de accion hasta entónces desconocida. La institucion nueva se aplica al punto á todas las relaciones de derecho en suspenso, pero de suerte que la dilacion se

---

(*b*) V. § 385.—Weber, p. 147-158, está en realidad conforme con mi opinion. Bergmann p. 34-36, está de acuerdo tambien en cuanto á la naturaleza de la cosa; mas en la p. 163, sostiene lo contrario en derecho romano, es decir, la continuidad de los efectos de la antigua ley, pues segun él, el derecho romano proteje las simples espectativas (V. § 387, *h*) En realidad, encontramos aquí el mismo principio aplicado más arriba (§ 367, *k*) á la colision local de las leyes sobre la usucapion.

cuenta á partir de la promulgacion de la ley. El que posee la cosa de otro en las condiciones fijadas por la ley nueva comienza la usucapion de ella como si su posesion hubiese comenzado el dia en que se dió la nueva ley; la posesion anterior no se cuenta. Todas las relaciones de derecho anteriores á la ley nueva quedan inmediatamente sometidas á la prescripcion; más como si hubiesen nacido en el momento de la promulgacion de la ley; no se cuenta el tiempo trascurrido hasta entónces.

El derecho romano nos ofrece un ejemplo notable de este último género. Durante mucho tiempo la mayor parte de las acciones y las más importantes no prescribían; eran *perpetuæ actiones* en el sentido riguroso de la palabra.

El emperador Teodosio II sometió todas estas acciones á una prescripcion que segun la regla era de treinta años. Por el principio que acabamos de establecer todos los derechos de accion abiertos ante la ley no hubieran debido extinguirse hasta los treinta años. Pero el emperador, dando á su ley una retroactividad parcial, decidió que el tiempo anterior se computase; mas de tal modo que el titular del derecho nunca tuviese ménos de diez años para ejercitar su accion (*c*). Cuando Justiniano insertó esta ley en su Código, omitió naturalmente esta disposicion transitoria (*d*), que hacía casi un siglo que había por sí propia perdido su eficacia.

3) Si queda abolida una especie de interrupcion ó recíprocamente se establece una nueva, una ú otra disposicion aplicase inmediatamente á todas las usucapiones comenzadas.

4) La nueva ley que prolonga el plazo se aplica inmediatamente á toda usucapion ó á toda prescripcion de accion comenzada (*e*).

(*c*) L. un. § 5, C. Th., de act. certo tempo. (IV, 14). Aquí no había necesidad que obligase á separarse de los principios. Para justificar la ley puede decirse que entre los motivos de la prescripcion figura la presuncion del pago. (V. t. IV, § 237). Luego esta presuncion existe tambien para el tiempo anterior á la ley sobre la prescripcion, durante el cual la accion no ha sido ejercitada.

(*d*) L. 3, C., de præscr., XXX (VII, 39).

(*e*) En 528 Justiniano concedió un privilegio á las iglesias, ordenando que sus acciones no prescribiesen sino por cien años. L. 23, C., de

5) Cuando la nueva ley abrevia el plazo la cuestion es más difícil y tambien más importante para la práctica. En principio, el que adquiere un derecho debe ser libre de someterse á la ley antigua ó á la nueva: en este último caso el plazo comienza á correr desde la promulgacion de la ley nueva y el tiempo trascurrido hasta allí no se cuenta. Esta facultad de eleccion está justificada, en el primer caso, porque la ley nueva no ha pretendido crear al adversario una posicion más favorable de la que le dejaba la ley antigua; en el segundo, porque no debe ser tratado ménos favorablemente que el que comienza una usucapion ó una prescripcion de accion. Habría por el contrario retroactividad injusta si se le consintiese aprovecharse del nuevo plazo comprendiendo en él el tiempo ya trascurrido; pues el adversario no tendría para obrar todo el plazo concedido ya por la ley antigua ya por la nueva, y aún podría acontecer que contra toda razon la accion se encontrase prescrita en el instante mismo de promulgarse la ley (*f*).

Los principios que acabamos de exponer están plenamente confirmados por la legislacion prusiana. En efecto, la ley que promulga el Código contiene (§ 17), las tres disposiciones siguientes. Las prescripciones ya cumplidas, se regulan segun las leyes antiguas, las prescripciones comenzadas segun el Código, salvo una restriccion concebida en estos términos:

«Sin embargo, si para el cumplimiento de una prescripcion comenzada ántes del primero de Junio de 1794, el nuevo Código estableciese un plazo más corto que las antiguas

---

SS. eccl. (I. 2). V. t. IV, p. 229, 230. Al fin de esta ley, se leen estas palabras algo oscuras: «Hæc autem omnia observari sancimus in iis casibus, qui postea fuerint nati, vel jam in judicium deducti sunt.» Si estas palabras se toman á la letra, se aplican tambien á las acciones cuya antigua prescripcion (de treinta años) trascurría ántes de que fuesen intentadas. Este es un efecto retroactivo no justificado por nada. V. Weber, p. 7.

(*f*) Por ejemplo, cuando una accion estaba sometida á una prescripcion de treinta años, de las cuales iban trascurridos diez, y una nueva ley estableciese para esta especie de accion una prescripcion de tres años.—Bergmann, p. 36, pretende segun la naturaleza de la cosa establecer una regla de proporcion: así, en el ejemplo citado, cumplida la tercera parte de la antigua prescripcion, debería tenerse como cumplida la tercera parte de la nueva, la cual quedaría reducida á dos años. Esta complicacion no está ciertamente conforme con el derecho actual ni se recomienda como medida que deba adoptarse.

leyes, *el que pretendiera excepcionar este plazo más corto* no podría contarlo sino á partir del 1.º de Junio de 1794.»

Las leyes transitorias posteriores (§ 383) reproducen textualmente la misma disposicion. Así, se encuentra reconocida la facultad de elegir de que hablábamos más arriba, la cual se halla más claramente expresada aun en una ley de 31 de Marzo de 1838, que establece prescripciones de dos y cuatro años para diversas acciones que no se prescribían hasta entónces sino por treinta años (*g*).

§ 7. «Relativamente á los créditos exigibles á la publicacion de esta ley, los plazos más cortos fijados por los §§ 1.º y 2.º no pueden contarse, sino á partir del 31 de Diciembre de 1838.»

«Si para cumplir una prescripcion comenzada fuese necesario segun las antiguas leyes un plazo más corto que el fijado por la presente ley *ese plazo más corto sería observado.*

El Código francés decide que las prescripciones comenzadas en la época de su publicacion se regirán por las leyes antiguas (*h*); sin embargo, las prescripciones para las cuales sería necesario, aún segun las antiguas leyes, más de treinta años á partir de la misma época, quedarán cumplidas por este lapso de treinta años. Esta regla no está conforme con los principios desenvueltos más arriba y encierra precisamente lo contrario del efecto retroactivo, puesto que dá á la nueva ley ménos eficacia de la que los principios le conceden y esto con el propósito evidente de protejer simples espectativas. Por lo demás, no hay aquí dureza ni injusticia.

La ley que promulga el Código austriaco decide, como el Código francés, que las prescripciones comenzadas sean regidas con arreglo é las antiguas leyes, admitiendo para el caso en que el Código establece una prescripcion más corta para las antiguas leyes la facultad de elegir, como hace la ley prusiana, en lo cual la que examinamos no parece á la verdad muy consecuente.

(*g*) Gesetzsammlung, 1838, p. 249, 251.

(*h*) Código civil, art. 2281. «Las prescripciones comenzadas en la época de la publicacion del presente título, serán regidas con arreglo á las antiguas leyes.

§ CCCXCII.—A. *Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.* —III. *Derecho de las obligaciones.*

Nuestro principio se aplica con igual generalidad al derecho de las obligaciones que al de las cosas; pero donde sus aplicaciones son más frecuentes es en los contratos.

El derecho de un contrato se rige siempre por la ley que está en vigor en la época en que el contrato se hace.

Esta regla se aplica á la capacidad personal de obrar y á la forma del contrato (§ 388). Aplícase igualmente á las condiciones de la validez de este, al modo y grado de su eficacia y, por último, á todas las acciones y excepciones de que podemos valernos para hacer pronunciar la resolucion ó nulidad del contrato.

De la existencia de este resulta para ambas partes el derecho de reclamar la observancia de las reglas relativas á estas diversas cuestiones independientemente de cualquier cambio posible en la legislacion. Esto constituye un derecho adquirido y segun nuestros principios debe ser mantenido en presencia de toda ley nueva.

Aplícase lo dicho igualmente á los contratos cuyo efecto está suspendido por un plazo ó subordinado á una condicion (§ 385, *h*), y sin distinguir entre las reglas de derecho absolutas y suplementarias (*a*); sin razon, pues, se ha pretendido frecuentemente que las leyes nuevas prohibitivas podrían cambiar la naturaleza de los contratos hechos con anterioridad (*b*).

La regla que acabamos de establecer ha sido reconocida en diferentes épocas en las leyes transitorias de Prusia (*c*). Uno de los mejores autores que han escrito sobre el dere-

---

(*a*) V. t. I, § 16.

(*b*) Tal es tambien el parecer de Bergmann, II, § 30.

(*c*) Eidführungspatent des A. L. R., § XI. «Todos los contratos hechos ántes del 1.° de Julio de 1794 deben por su forma y su contenido, como tambien por sus consecuencias jurídicas, ser juzgados por las leyes vigentes en la fecha de los contratos, aun cuando más tarde se intentase una accion relativa á su cumplimiento, á su extincion ó á los daños y perjuicios á ellos anejos. Las mismas disposiciones se encuentran en las leyes transitorias de 1803, § 5; 1814; § 5, y en las leyes transitorias posteriores (§ 383).

cho francés (*d*) la ha establecido tambien perfectamente, mostrando sus diversas aplicaciones.

Esta regla es la consecuencia lógica y necesaria de nuestro principio general, y considerada bajo el punto de vista puramente práctico, no es ménos verdadera ni ménos importante; pues ella sola puede dar una confianza absoluta en la eficacia de los contratos, confianza indispensable para la seguridad de las transacciones civiles. La extension é importancia de sus efectos se manifiesta especialmente cuanto se trata de esos contratos que se refieren á los derechos reales y están llamados á ejercer sus efectos sobre muchas generaciones (*e*).

Réstanos ahora hablar de ciertas leyes que contradicen nuestra regla y de los autores que la han atacado.

Nuestra regla está contradicha por la ley de Justiniano, mencionada más arriba (§ 386, *f*, *g*.), acerca de los intereses prohibidos; ley que se aplica á las estipulaciones de intereses hechas anteriormente, aunque no regula más que los intereses no vencidos. Un autor moderno ha querido erigir esta prescripcion en regla general (§ 387, *f*.), mientras otros no ven en ella, con razon, más que una excepcion aislada, una desviacion del principio (*f*). Cosa singular, las leyes transitorias hechas en Prusia desde 1814 han admitido una disposicion semejante (*g*), sin apercibirse de que está en abierta contradicion con el principio que somete las consecuencias de los contratos á la ley vigente en la época en que han sido hechos (nota *c*). Sin embargo, estas leyes no tenían motivos para separarse del verdadero principio expresamente reconocido por ellas; pues en materia de intereses la aplicacion á los contratos anteriores sólo tiene una importancia muy secundaria (§ 385, *a*).

Dos autores modernos han dirigido contra la generali-

(*d*) Chabot t. I, p. 128-139.

(*e*) Götze, Altmärkisches Provinzialrecht, t. I, p. 11, 13, ha señalado muy bien la naturaleza particular de estos casos. Haremos algunas consideraciones sobre esta especie de relaciones de derecho cuando hablemos de las reglas que tienen por objeto la existencia de los derechos (§ 399).

(*f*) Bergmann, § 30.

(*g*) Leyes para las provincias más allá del Elba 1814, § 13, como tambien en las leyes transitorias posteriores. (§ 383).

dad de nuestra regla un ataque mucho más grave, ataque que recae, no sobre la regla en sí, sino sobre su aplicacion á la anulacion de los contratos, en tanto que ella no resulta de circunstancias existentes al verificarse el acto, sino de hechos posteriores, por ejemplo, la accion de nulidad intentada más tarde por una de las partes (*h*). Weber no ha formulado esta idea como regla general, sino que ha hecho su aplicacion á un cierto número de casos particulares muy importantes (*i*). Poco despues Meyer la ha referido á un principio abstracto que procura justificar del modo siguiente (*k*).

Los contratos tienen, dice, dos clases de consecuencias que importa distinguir: unas necesarias é inmediatas que escapan á la retroactividad de la ley, otras accidentales ó lejanas que una ley nueva puede regular para los contratos anteriores. Pertenecen á la primera clase las consecuencias que las partes han previsto ó *podían* preveer, y que desde luego fueron tácitamente admitidas en su contrato (*l*). Pertenecen á la segunda, las consecuencias que resultan de hechos ulteriores; tales son las acciones de nulidad fundadas en la *lœsio enormis*, el fraude, la violencia, el error, la minoridad, como tambien la revocacion de las donaciones por causa de ingratitud y de la supervencion de hijos (*m*). Toda esta distincion es absolutamente inadmisible; pues, desde luego, entre los de la primera clase no hay ningun caso que las partes no hayan podido preveer como consecuencia del contrato. A seguida Meyer, añadiendo nueva confusion á las ideas, hace intervenir aquí la distincion del *ipso jure* y *per exceptionem* (*n*), que ciertamente no debe tener influencia alguna sobre la cuestion. El exámen de los diferentes casos aquí mencionados probará hasta la evidencia lo falso de esta doctrina.

(*h*) En casos semejantes reconocen las leyes prusianas expresamente nuestra regla como aplicable (nota *c*).

(*i*) Hablaremos de estos casos cuando nos ocupemos de las acciones particulares.

(*k*) Meyer, p. 36, 40, 153, 155, 174, 210. No se apoya en la autoridad de Weber, pero como conoce la obra de este (Prefacio p. XI) no vacilamos en creer que se auxilió de ella y la tomó por guía.

(*l*) Meyer, p. 38, 39, 180, 187, 191.

(*m*) Meyer, p. 175, 178.

(*n*) Meyer, p. 178, 179.

Para hacer declarar la nulidad de una obligacion puede recurrirse á los siguientes medios de derecho: una accion especial, la restitucion, y una excepcion contra la accion de la otra parte. Revisemos ahora en este órden los diversos casos que á mi juicio deben juzgarse segun la ley vigente en la época en que se hizo el contrato.

1) Rescision de una venta por causa de lesion que exceda de la mitad. Se juzga con arreglo á la ley vigente en la época de la venta (*o*). Esto es dudoso, porque la rescision de la venta no se efectúa *ipso jure*, sino en virtud de la accion ejercitada posteriormente, y cuya fecha debe determinar la ley aplicable (*p*); ó, como se expresa otro autor, porque las partes no han previsto este resultado (*q*).

Esta manera de considerar el asunto está en contradiccion con el verdadero sentido de la regla que aquí se trata de aplicar, regla que supone un vendedor que teniendo un apuro de dinero se vió obligado á vender su cosa por ménos de la mitad de su valor, porque el único comprador que se presentaba abusó de su angustia. Una regla de derecho positivo debe reprimir esta iniquidad. El caso es enteramente semejante al de la usura en que el prestamista abuse egoistamente de las necesidades del que le pide. Nuestros adversarios, para ser consecuentes deberían admitir que un préstamo al 20 por 100 y no reembolsable durante diez años, hecho bajo el imperio del derecho romano, debe ser mantenido si poco despues una ley nueva deroga la tasa del interés. Meyer no pretenderá tampoco que en caso de venta las partes no han *podido* pensar en la rescision que estaba fuera de todas las probabilidades y que resulta de circunstancias completamente nuevas é imprevistas, como parece imaginar.

Recíprocamente, cuando la ley entónces en vigor prohibía la rescision y una ley posterior la autoriza, no debe tomarse en consideracion más que la época en que se hizo el contrato. Esta observacion se aplica á todos los casos siguientes.

(*o*) Chabot, t. II, p. 286, 289.
(*p*) Weber, p. 114, 117.
(*q*) Meyer, p. 37, 38, 154, 175, 176, 209, 210.

2) La regla: la venta destruye el arrendamiento *(r)*, se juzga segun la ley establecida en la época en que se ha verificado el contrato de arriendo; pues segun los términos de la relacion de derecho fijada entónces irrevocablemente, el arrendatario ha debido someterse á las consecuencias de una enajenacion eventual. Una ley posterior que abole esta regla no puede cambiar en nada esto, é importa poco que se limite á abolir la regla ó atribuya en general un derecho real al locatario (§ 390, núm. 4).

No debe tomarse en consideracion el tiempo posterior de la venta, y ménos aún aquel en que el comprador ejercita su accion contra el arrendatario. Como en el caso precedente Weber pretende que es necesario atemperarse á la ley vigente en esta última época, porque el contrato de arriendo no es nulo en sí, sino que ha sido anulado por la accion del comprador *(s)*.

3) Revocacion de una donacion por causa de ingratitud ó de nacimiento posterior de hijos. La época decisiva es la de la donacion, no la del acontecimiento posterior, ni mucho ménos aquella en que la accion se ejercita *(t)*.

Autores hay que han sostenido lo contrario, fundándose en que la donacion no es nula en sí, sino que queda anulada por la demanda de revocacion *(u)*, pues las partes no han pensado en este resultado *(v)*. Sin duda la ingratitud no estaba prevista cuando la donacion, y áun podía contarse con que el donatario conjuraría la ingratitud con la ley que autoriza la revocacion de la liberalidad. Las circunstancias, pues, permiten suponer que el donatario ha podido pensar en esta ley.

4) Restitucion contra un contrato. La época decisiva es la del contrato y no la de la demanda de restitucion *(w)*. Sostiénese lo contrario fundándose en que el contrato es válido

---

(r) Este caso difiere de los precedentes en que el contrato no está atacado ni anulado; su eficacia se manifiesta en la accion de daños y perjuicios, reservada al arrendatario contra el arrendador. La cuestion estriba únicamente en saber si un tercero (el comprador) debe ó no reconocer el contrato de arrendamiento.

(s) Weber, p. 117, 121.

(t) Chabot, t. I, p. 174, 200; t. II, p. 168, 194.

(u) Weber, p. 107.

(v) Meyer, p. 175, 177.

(w) Struve, p. 266.

en sí y no queda anulado hasta más tarde por la intervencion de los tribunales (*x*). Otros se alejan áun más de la verdad apoyándose en la naturaleza de la restitucion, que es, segun ellos, una gracia concedida por el soberano (*y*). Pero segun los principios del derecho de Justiniano, el que reclama la restitucion tiene realmente en ella un derecho adquirido que difiere poco por la forma del que nace de una accion ó de una excepcion (*z*).

5) *La exceptio doli* ó *metus* se juzga segun la época del contrato, aunque este sea anulado, no *ipso jure*, sino *per exceptionem* (*aa*).

6) *Exceptio Sc. Vellejani*. Segun la época en que ha sido prestada la fianza (*bb*).

7) *Exceptio Sc. Macedoniani*. Lo mismo. (*cc*).

8) *Exceptio non numeratæ pecuniæ*. Lo mismo.

9) Segun una ley del emperador Federico I, (Auth. *Sacramenta puberum*), incorporada á las recopilaciones de Justiniano, los principales vicios de un contrato pueden subsanarse si el deudor lo ha confirmado por juramento (*dd*). La cuestion de si esta ley es ó no aplicable, se decide por la época en que se prestó el juramento. Weber pretende sin razon que, siendo nulo en sí este contrato y no habiendo sido convalidado más que por la intervencion del Juez (*officio judicii*), la época de esta intervencion es la única decisiva (*ee*). Pero aquí evidentemente como en cualquiera otra relacion jurídica, los derechos de las partes están invaria-

---

(*x*) Weber, p. 113, 114.

(*y*) Meyer, p. 184. V. además, sobre este punto, vol. VI, § 317.

(*z*) V. p. 19, 20, 21.

(*aa*) Meyer, p. 154, 170, 183, no se explica claramente acerca del *dolus* y no sabe si debe colocarse el medio de nulidad que resulta del dolo entre las consecuencias necesarias ó entre las consecuencias accidentales del contrato. Relativamente á la restitucion especial por causa de dolo, Véase, § 332.

(*bb*) Chabot, t. I, p. 352. Véase más arriba § 388. Meyer intenta aquí, p. 196, 198, establecer la opinion contraria sobre motivos diversos cuyo mayor número se destruyen por sí mismos.

(*cc*) Meyer es aquí de nuestra misma opinion, fundado en que un contrato semejante es contrario á las buenas costumbres, y en que la renuncia del deudor no tiene entónces eficacia. Observo de pasada que Meyer confunde el *filiusfamilia* con el *minor*.

(*dd*) Savigny, *Historia del derecho romano en la Edad Media*, t. IV, página 47.

(*ee*) Weber, p. 109, 113.

blemente fijados, y aquí, como donde quiera, la mision del juez se limita á reconocerlos y protegerlos.

Réstanos, ahora, tratar de algunas cuestiones que están ya fuera de las grandes divergencias de pareceres que acaban de ocuparnos.

Nos referimos, desde luego, á las relaciones que resultan de los delitos, las cuales se reconoce generalmente que se juzgan segun la ley vigente en la época en que el delito se cometió (*ff*). Podríamos colocar aquí los derechos fundados en la cohabitacion fuera del matrimonio, pero esta materia será tratada en otra parte más oportunamente (§ 399).

Siguen inmediatamente las leyes sobre la quiebra. Aquí podemos compendiar remitiendo á nuestros lectores á la investigacion que hicimos con motivo del derecho local (§ 374). En materia de quiebras no se trata de los derechos mismos, sino de la ejecucion sobre una masa de bienes existentes en una época determinada; para esta ejecucion es necesario arreglar el órden de los diversos acreedores. ¿Cuál es la ley aplicable á esta regla? Aquí conviene distinguir los acreedores hipotecarios de los demás acreedores.

A los primeros se aplica la ley que estaba en vigor en la época en que nació su derecho real (§ 390); á los otros se aplica la ley vigente á la apertura ó declaracion de la quiebra (*gg*). Esta regla se encuentra confirmada por las prescripciones siguientes del derecho romano. Los acreedores son satisfechos *pro rata* cualquiera que sea la época del orígen de su crédito. En efecto, todos son acreedores hipotecarios cuya hipoteca resulta de la *missio in possessionem*, que se refiere á la apertura de la quiebra. Tambien los acreedores de la cuarta clase tienen hipotecas privilegiadas; pero su hipoteca, como la categoría de su privilegio, nace de la misma fecha que la *missio in possessionem* de la que ha resultado. Antes tenían la simple espectativa de este

---

(*ff*) Este principio está reconocido por el derecho prusiano. A. L. R. Einleitung, § 19.

(*gg*) Esto se halla reconocido por las leyes transitorias prusianas, § 383, por la ley de 1814 para las provincias más allá del Elba, § 15, y reproducido en las otras leyes transitorias. Weber, p. 167, 178, está en este punto tambien de acuerdo con nosotros.

modo de ejecucion que los favorece (como de un acto de procedimiento).

§ CCCXCIII.—A. *Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones. Derecho de sucesion.*

Ahora vamos á determinar las reglas establecidas para la sucesion testamentaria, para la sucesion *abintestato*. para los contratos sucesorios.

1) Testamento. Este caso es el más difícil y el más controvertido de todos los que han de ocuparnos en el curso de esta investigacion.

Procuremos, desde luego, para dar á este una base sólida, determinar la naturaleza jurídica del testamento.

La suerte de una sucesion se rige por la última voluntad del difunto (*suprema, ultima voluntas*) que debe ser expresada con ciertas formas. De aquí la necesidad de exclarecer la voluntad que existe en el momento de la muerte, pues toda voluntad anterior puede cambiarse. Mas testar en el momento preciso de la muerte es de suyo cosa imposible, por lo que, y vista la incertidumbre de este momento, es á menudo necesario y conveniente expresar la voluntad que debe valer como última en una época anterior y á veces muy lejana. Por esta razon, todo testador debe ser considerado como obrando en dos épocas distintas, la de su testamento y aquella en que muere manteniendo su testamento. En la primera época puede decirse que el testador obra en hecho; en la segunda que obra en derecho. El producto del segundo acto puede y debe sólo tener resultado, pues el primero permanece en el intervalo ordinariamente desconocido y siempre revocable á voluntad del testador.

Estas consideraciones deben ya servir para juzgar de la actividad de hecho, esto es, de la forma del testamento, segun la ley vigente en la época de su confeccion y de la actividad de derecho, ó sea del contenido del testamento segun la ley en vigor en la época de la muerte (*a*). Desde luego podemos señalar aquí dos opiniones contrarias: una de ellas pretende juzgar tambien del contenido del testamento por la época de su confeccion; pues el testamenta no merece pro-

(*a*) No me refiero aquí á la capacidad personal del testador tanto como á la del heredero y del legatario: hablaré de ello despues.

teccion sino cuando el testador ha conformado su voluntad á la ley que conocía (la vigente), y aquí se atiende especialmente á las leyes prohibitivas. La otra opinion va áun más léjos, pues quiere que el testamento esté conforme á la ley vigente, no solo en la época de su confeccion, sino en la época de la muerte del testador. A estas dos opiniones puede objetarse que el legislador sólo puede ocuparse de un testamento susceptible de ejecucion, del de un difunto, no de lo que esté escrito en el testamento de un indivíduo vivo, el cual no tiene para él sentido alguno. Mas adelante veremos como estas dos opiniones han nacido de reglas de derecho romano, que han sido mal comprendidas.

Vése, segun lo que precede, que respecto á los testamentos la cuestion que hay que resolver tiene, sino una entera semejanza, al ménos mucha analogía con la tratada mas arriba (§ 391) referente á la usucapion y á la prescripcion de las acciones. La usucapion resulta de un estado de cosas continuado sin interrupcion, durante un tiempo determinado. El testamento resulta de dos actos ejecutados en épocas diferentes. La usucapion y el testamento tienen, pues, por carácter comun que el hecho de que depende la adquisicion de un derecho, no es de una naturaleza simple y pasajera, como la mayor parte de los actos jurídicos, el contrato, la tradicion, etc. Hé aquí, por tanto, una distincion importante igualmente aplicable á estos casos. La ley nueva de cuya ejecucion se trata, puede haber sido hecha: primero, antes del principio de una usucapion ó de la confeccion de un testamento; segunda, despues de cumplida la usucapion ó de la muerte del testador; tercero, en el intervalo transcurrido entre el principio y el fin de le usucapion, ó bien entre la redaccion del testamento y la muerte del testador. La ley nueva es eminentemente aplicable en el primer caso y no en el segundo; nuestra investigacion se halla, pues, limitada al tercer caso, segun vimos más arriba respecto á la usucapion (§ 391).

Mientras investigamos las reglas que hay que seguir para el caso de una nueva ley hecha despues de la confeccion de un testamento, pero despues de la muerte del testador no debemos perder de vista una relacion doble de estas reglas; primero con las expuestas más arriba acerca de las colisiones del derecho local (§ 377), y despues lo que es

más importante y difícil, con las reglas referentes á los cambios que pueden sobrevenir entre la confeccion del testamento y la muerte, no en la legislacion, sino en las relaciones de hecho. Solo entra en nuestro propósito ocuparnos directamente de los cambios de la primera especie. Sin embargo, muchos motivos nos obligan á no descuidar los cambios de la segunda, y aun á someterlos á un exámen profundo y minucioso. Estos motivos son, en primer término, el íntimo enlace que existe entre estas dos especies de cambios regidos en gran parte por las mismas reglas, y en segundo lugar, la marcha adoptada por la mayor parte de los autores modernos cuyos errores deben principalmene achacarse á la confusion de estas dos especies de cambios, y á no haber entendido las reglas del derecho romano acerca de los cambios de hecho.

Abandono, pues, por un instante el objeto directo de nuestra investigacion que es la aplicacion de las leyes nuevas, para tratar otra cuestion, á saber: ¿cuáles son las prescripciones del derecho romano cuando durante el intervalo trascurrido entre la confeccion del testamento y la muerte sobreviene en las relaciones de hecho un cambio susceptible de influir en la validez del testamento? Entre esta cuestion y la de aplicar las leyes nuevas existe, repetimos, analogía, pero no identidad; las reglas que deciden una no pueden extenderse á la otra, sino con mucha circunspeccion.

Estos cambios pueden tener por objeto: la capacidad personal del testador en lo que afecta á sus relaciones de derecho y á sus calificaciones físicas; el contenido del testamento; y la capacidad personal del llamado (heredero ó legatario).

1) La capacidad personal del testador en lo que toca á sus relaciones de derecho. Esta capacidad está subordinada á dos condiciones diferentes pero regidos por las mismas leyes.

A) El testador debe tener la *testamentifactio*. Los mismos jurisconsultos romanos dan á esta palabra una significacion doble. En su acepcion puramente literal, designa la confeccion de un testamento. Además designa la sin distincion de las condiciones á que está sometida; en este sentido el loco y el niño, no tienen la *testamentifactio*. Pero en su acepcion rigorosa y técnica, especialmente en Ulpiano, esta

palabra designa la posesion del Estado que en un derecho romano confiere la capacidad para la mancipacion como base fundamental del testamento romano. Entónces *testamentifactio* es sinónimo de *commercium*; pertenece á todos los *cives* y *latini*, y carecen de ella todos los *peregrini* (*b*).

B) El testador debe tener capacidad de poseer bienes, y tambien de trasmitirlos relativamente á una sucesion futura; no debe estar jurídica y necesariamente sin algunos bienes. Bajo este punto de vista el *filiusfamilias* está incapacitado, aunque tenga la *testamentifactio* y pueda, por consiguiente, figurar como testigo de un testamento (*c*). El *latinus junianus* está incapacitado por el mismo título áun teniendo la *testamentifactio* y el derecho de ser testigo de un testamento. La *lex Junia* le prohibe otorgar un testamento por cuenta propia; pues ordena que en el momento de su muerte sus bienes sean devueltos al patrono, no como herencia, sino como si el difunto hubiera sido esclavo toda su vida, y por lo tanto, incapaz de poseer (*d*).

Estas dos condiciones de la capacidad de testar son igualmente necesarias en ambas épocas; en la del testamento y en la de la muerte, es decir, que tanto se aplica á la actividad de hecho como á la actividad de derecho. Así, pues, el que jurídicamente carece de capacidad no puede *hacer*, ni *dejar* testamento. Solo un cambio ocurrido en el intervalo entre una fecha y otra no perjudica, pues en semejante caso el pretor mantiene el testamento (*e*).

Dos ejemplos harán ver estas reglas con toda claridad. El testamento es nulo si el testador no tenía el derecho de ciudadanía en la época del testamento y en la de su muerte; pero es válido si en el intervalo el testador ha perdido aquel derecho. El testamento es nulo si el testador era *filiusfamilias* en la época del testamento ó en la de su muerte; es válido si en el intervalo el testador ha sido arrojado y emancipado despues.

Vése, segun esto, que los romanos, al exigir la capacidad del testador en dos épocas, consideraban esta necesi-

---

(*b*) Ulpiano, XX, § 2, cercano al XIX, § 4, 5.
(*c*) Ulpiano, XX, § 2, 4, 5, 6 y 10.
(*d*) Ulpiano XX, § 8, 14.
(*e*) Gayo, II, § 147: Ulpiano, XXIII, § 5: L. I, § 8, de B. P. sec. tab. (XXXVII, II): L. 6, § 12, de injusto (XVIII, 3).

dad fundada en la naturaleza misma de las cosas; pero su continuacion durante todo el intervalo, aunque conforme á una teoría rigurosa, no era reclamada por las necesidades de la práctica y por eso no la exigían.

2) Capacidad personal del testador relativamente á sus cualidades físicas.

Esta segunda capacidad es de una naturaleza enteramente distinta que la primera y se refiere exclusivamente al hecho del testamento. Tampoco es necesaria más que en la época de su redaccion. Todo cambio posterior carece absolutamente de influencia; no dá validez al testamento cuando no había capacidad para hacerlo en aquella época, ni lo anula cuando no existía aquella capacidad.

Los motivos de incapacidad son aquí la edad pupilar, la enajenacion mental, y además, por el antíguo derecho romano, el mutismo y la sordera. Si, pues, un impúbero ó un demente hace testamento, tal testamento es y permanece nulo aun cuando su autor se hiciese más tarde púbero ó curare de su demencia. Igualmente, el testamento hecho por un hombre cuerdo permanece válido aun cuando su autor fuese luego atacado de enajenacion mental y muriese en este estado *(f)*.

3) El contenido del testamento es exclusivamente jurídico; razon por la cual no se atienden las relaciones existentes en la época de su redaccion, aunque el testador las hubiese tenido presentes y, sí solo las relaciones que existen en la época de la muerte.

Esto era evidente respecto á las relaciones de hechos que tienen una naturaleza enteramente material. La cuota de la legítima depende de la cuota de los bienes; para regularla se consideran los bienes que existen en la época de la muerte, no en la del testamento. *(g)*. Tambien cuando se trata de apreciar si el heredero instituido está lesionado en su derecho por legados fuera de proporcion con la importancia de la sucesion, cosa que diversas leyes (*lex Furia*, *Voconia*, *Falcidia)*, estaban encargados de impedir,

---

(f) § I, J. quibus non est perm. (II, 12); L. 2; L. 6, § I; L. 20, § 4, qui test. (XXVIII, I); L. 8, § 3, de j. cod. (XXIX, 7); L. I, § 8, 9, de B. P. sec., tab. (XXXVII II).

(g) L. 8, § 9, de inoff. (V, 2).

se atiende al estado de los bienes en la época de la muerte, sin consideracion alguna á su estado anterior (*h*).

En otros muchos casos la nulidad del contenido era de una naturaleza más rigurosamente jurídica: tal era la nulidad del testamento en que ya un *suus*, ya un *posthumus* se encontraba preterido. Sin embargo, tan verdadero y conforme con las necesidades de la práctica se reputaba el principio sentado más arriba de que el contenido del testamento se juzgue exclusivamente segun la época de la muerte, que recurrían á medios artificiales para evitar algunas consecuencias del principio. Así, cuando un *suus* ó un *posthumus* preterido moría ántes que el testador el testamento no era ménos nulo por eso; pero el pretor lo mantenía, concediéndole una B. P. *secundum tabulas* (*i*). Lo mismo sucedía cuando el testador había preterido un hijo emancipado ó desheredado injustamente á un pariente próximo llamado á la sucesion *ab intestato*; con la sola diferencia de que la intervencion del pretor no era necesaria. En efecto, el hijo emancipado preterido no podía más que reclamar una B. P. *contra tabulas*; derecho puramente personal reservado al hijo que existía al tiempo de abrirse la sucesion. La pretericion de un hijo emancipado que moría ántes que el testador no tenía ningun efecto, puesto que él no estaba allí para reclamar la B. P. *contra tabulas*. La *querela inoffiiciosi* del pariente injustamente excluido tampoco era más que un medio de derecho puramente personal que no podía invocarse si este pariente moría ántes del testador. Véase t. I, § 73, G.

4) Capacidad personal del llamado (heredero ó legatario). Este caso es el más difícil de todos y el que ha dado lugar á la mayor parte de los errores en la materia que nos ocupa.

La capacidad del llamado pertenece en sí al contenido del testamento; por lo cual, segun los principios generales,

---

(*h*) § 2, J. de L. Falc. (II, 22); L. 73, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2).

(*i*) Ulpiano XXIII, § 6; L. 12, pr. de injusto (XXVIII, 3). Esto puede explicarse tambien del modo siguiente. Segun el *jus civile* la nulidad que resulta de la pretericion era absoluta; el pretor la trasformaba en una nulidad relativa que no podía invocarse más que por el mismo heredero preferido, y no por un tercero en cuyo favor no se había establecido. Segun el rigor del *jus civile* la pretericion del *suus* ó del *posthumus* constituía una nulidad en la forma; el pretor la consideraba como parte integrante del contenido del testamento.

no deberíamos tomar en consideracion más que las relaciones de hecho existentes en la época de la muerte, y de ningun modo el estado de cosas anteriores. Sin embargo, los romanos han tratado este caso de otra manera, é importa conocer esta desviacion de los principios.

Hé aquí la teoría de los romanos. La capacidad jurídica del heredero y del legatario reposa en la misma *testamentifactio* que la del testador (nota *b*), de modo que pertenece á todos los *cives* y *Latini* y falta á todos los *peregrini* (*k*).

Esta capacidad debe existir en tres épocas (*tria tempora*): en la época del testamento, en la de la muerte (*l*) y en la de la adicion de la herencia. Rigurosamente esta capacidad debería continuarse en el tiempo intermedio; pero se mitiga este rigor y no perjudica una incapacidad pasajera ocurrida en el intervalo: *media tempora non nocent* (*m*).

Ahora bien, ¿por qué los romanos se han separado precisamente en este caso de los principios generales? Podemos desde luego despreciar la tercera época, la de la adicion de la herencia, implícita de suyo y que tiene de ordinario poca importancia. Réstanos, pues, dar cuenta de esta singularidad, á saber: que se exija la capacidad del llamado, no sólo en la época de la muerte, lo cual es muy natural, sino tambien en la época en que se hace el testamento; de modo que basta que exista una causa de incapacidad, la cualidad de extranjero, por ejemplo, para viciar para siempre el testamento, aun cuando el heredero instituido hubiera adquirido poco después el derecho de ciudadanía romana.

La explicacion de esta singularidad no es difícil ni dudosa, y se halla en la forma esencial del testamento romano, que es la mancipacion del patrimonio actual (*n*), abstraccion

(*k*) Ulpiano XII, § 1, 2, 3. Aquí no se excluye ni el *filiusfamilias* ni el *latinus Julianus*; porque si el que no tiene bienes no lo puede dejar, puede recibirlos. No se excluye al niño ni al demente, porque la capacidad de querer y de obrar no es necesaria para ser instituido heredero

(*l*) Cuando se trata de una institucion condicional se reemplaza esta época por aquella en que la condicion se cumple y nunca hay más que trés épocas.

(*m*) Los principales textos son: § 4, de J. de her. inst. (XVIII, 5). El intervalo de que aqui se habla se refiere á la primera época, y se coloca entre el testamento y la muerte; la incapacidad ocurrida entre la muerte y la adquisicion es prejudicial, pues trasmite inmediatamente la sucesion á un tercero, ya sea sustituido, ya heredero *abintestato*.

(*n*) Gayo, II, § 103.

hecha de sus diversas partes y de todo aumento ó disminucion posible. Desde luego, la operacion en su conjunto nos aparece como un contrato ficticio sobre la sucesion, es decir, como un acto entre vivos, donde figuran todas las personas que pertenecen al testamento, representadas por el *familiæ emtor*. Hé aquí por qué deben todos tener la capacidad personal en la época en que intervienen en este contrato imaginario.

Semejante regla puramente teórica, hecha para honrar las formas jurídicas, no estaba fundada en el reconocimiento de una necesidad real, y hé aquí la prueba. Más tarde, la legislacion positiva introdujo restricciones á la capacidad personal de adquirir, y entónces creyeron poder librarse del rigor de estas antiguas formas; presentóse el caso para los célibes, los indivíduos sin hijos y los *Latini Juniani*, para los cuales no se tuvo en consideracion la época del testamento, y áun se dió un paso más; pues, desdeñando la época de la muerte, refiriéronse sólo á la de la adquisicion. El objeto práctico era comprometer á los célibes á contraer matrimonio por el cebo de la sucesion y al *Latinus Junianus* á merecer el *jus Quiritium (o)*.

Tal es el verdadero motivo de esta regla singular acerca de los *tria tempora* y no la *regula Catoniana*, segun se ha creido (*p*). La falsedad de este pretendido orígen resalta en las consideraciones siguientes. Nunca se encuentran los *tria tempora* referidos á esta regla aislada y de una fecha bastante moderna: deben, pues, tener una base más extensa y más antigua. Además, la regla de Caton se refiere únicamente á los legados (nota *p)* y no á las sucesiones (*q*), no alcanzando en general por consiguiente á la capacidad personal del llamado, única cosa que aquí nos ocupa, sino á otras condiciones de la nulidad de los legados, especialmente al caso en que el testador lega *per vindicationem* una

---

(*o*) Ulpiano, XXII, § 3, cercano al XVII, § I, 6.

(*p*) L. I, pr. de reg. Cat. (XXXIV, 7): «Quod, si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret: id legatum, quam docunque decesserit, non valere.»

(*q*) L. 3, cod.: «Catoniana regula non pertinet ad hereditates.» Cujas es cierto (obs. IV, 4), pretende leer *libertates*; pero esta correccion no se encuentra en los manuscritos, ni son exigidas por el conjunto del texto. V. Voorda Interpret., II, 22.

cosa de que no tenía la propiedad romana en la época del testamento. Este legado es nulo aun cuando el testador hubiese adquirido más tarde la propiedad de esta cosa (*r*).

Resumiendo lo que precede, diremos que la teoría de los *tria tempora* no descansa en la naturaleza de las cosas ni en la esencia misma de los testamentos y reconoce un motivo puramente accidental é histórico. Añadiremos que para ser consecuentes los redactores de la legislacion Justinianea hubieran debido abandonar esta teoría, porque el derecho Justinianeo no ha conservado la menor huella de la mancipacion como base fundamental de los testamentos.

Toda esta investigacion extraña á la colision de las leyes en el tiempo era una digresion necesaria; pues cuado nos ocupemos de los cambios sobrevenidos no en los hechos, sino en las leyes, tendremos siempre que invocar la analogía de la regla que acabamos de establecer. Conviene, sin embargo, usar de ellas con cautela y distinguir cuidadosamente si dichas reglas se derivan de la naturaleza de las cosas ó de motivos particulares. Ahora vamos á ocuparnos en el mismo órden de los casos establecidos más arriba para los cambios de hecho.

1) Capacidad personal del testador referente á las relaciones de derecho.

Esta capacidad debe existir en dos épocas: la del testamento y la de la muerte; si falta la una ó la otra el testamento es y queda nulo. Ahora bien, puede faltar precisamente, pero no estar conforme el dictado del testador con la ley vigente en una de estas dos épocas. (*s*).

Hé aquí dos ejemplos: segun el derecho romano todos los *cives*, todos los *Latini* independientes (*t*) pueden testar: los

---

(*r*) Ulpiano, XXIV, § 7.

(*s*) Chabot, t. II, p. 438, 439. Meyer, p. 121, 131, cree por el contrario, que la incapacidad en la época del testamento no perjudica; y procura defender esta asercion no fundada, contra las objeciones, por lo demás en modo alguno concluyentes, que sacan de la *regula Catoniana*.

(*t*) Tales eran antiguamente los *Latini Colonarii* (Ulpiano., XIX, §4), y despues que dejaron de existir todos los descendientes de un *Latinus Julianus*; pues la prohibicion de la *lex Junia* alcanzaba sólo á él y no á sus descendientes que eran *Latini ingenui*.

peregrini no pueden. Supongamos ahora que un *Latinus* independiente haya hecho un testamento y que durante su vida una ley imperial haya quitado toda la *testamentifactio* á todos los *Latini*, el testamento sería nulo, vista la incapacidad del testador en el momento de su muerte. Supongamos que un *peregrinus* haya hecho un testamento y que durante su vida un edicto imperial conceda la *testamentifactio* á todos los *peregrini*: el testamento quedaría nulo vista la incapacidad de su autor en la época en que ha sido hecho.

2) Capacidad personal del testador relativamente á sus cualidades físicas.

Esta capacidad debe existir sólo en la época del testamento y así se rige exclusivamente por la ley entónces en vigor. Un testamento válido por esta ley no puede anularse por una ley posterior y recíprocamente.

Así, por ejemplo, en el antiguo derecho romano los mudos eran incapaces de testar: Justiniano se lo consintió (*u*), Si un mudo hubiese testado poco ántes de la promulgacion de la ley, la ley nueva no hubiera podido convalidarlo, pero hubiera podido volverlo á comenzar.—El derecho romano permite á las mujeres testar á la edad de doce años (*v*); el derecho prusiano á la edad de catorce (*w*). Si, pues una jóven de trece anos otorga bajo el imperio del derecho romano su testamento, éste será válido áun cuando poco despues se establezca el derecho prusiano en su país y áun cuando muera ántes de cumplir los catorce años. El testamento otorgado bajo el imperio de la ley prusiana subsiste nulo áun cuando el derecho romano viniese á reemplazar inmediatamente al derecho prusiano.

3) El contenido del testamento se juzga únicamente por la época de la muerte, de modo que la ley entónces en vigor, es la única que decide acerca de la validez de este contenido, sin tener en cuenta las prescripciones de la ley anterior ni áun siquiera aquella bajo cuyo imperio se ha hecho el testamento (*x*).

(*u*) L. 10, C., qui test. (VI, 22).
(*v*) L. 3, qui test. (XXVIII, 1).
(*w*) A. L. R. I. 12, § 16.
(*x*) Chabot, t. II, p. 367, 370, p. 382, p. 445, 454, que establece muy

Hé aquí algunas aplicaciones de esta regla más importante en la práctica que todas las demás.

La legítima y la pretericion se juzgan segun la ley vigente en la época de la muerte (*y*), como tambien las sustituciones prohibidas por la ley francesa (*z*) y de igual modo la sustitucion vulgar prohibida en Francia por una ley de 1790, y autorizada de nuevo por el Código civil. (*aa*).

4) Capacidad personal del llamado (heredero ó legatario).

Hasta aquí hemos aplicado á los cambios en las leyes precisamente las reglas establecidas en derecho romano para los cambios de las relaciones de hecho; porque estas reglas, fundadas en la naturaleza misma del testamento en general, nacen de las necesidades de la vida real. Lo contrario acontece con la cuestion relativa á la capacidad personal del llamado, cuyos cambios de hecho hállanse sometidos en derecho romano á la regla de los *tria tempora*. Ahora bien, esta regla se apoyaba en motivos puramente históricos que no existían ya en tiempo de Justiniano y que hoy no tienen para nosotros valor alguno.

Debemos, pues, abandonar aquí por completo la analogía de esta regla del derecho romano, para atenernos á la verdadera naturaleza del testamento. En este punto de vista debemos considerar la capacidad personal del llamado como parte integrante del contenido del testamento y considerarlo como regido únicamente por la ley que estaba en vigor en la época de la muerte, sin relacion á ninguna ley anterior, por ejemplo, á la que existía en la época en que el testamento se hizo (*bb*).

---

bien este punto mezclando en él numerosos errores acerca del derecho romano. Weber, p. 96, 98 no admite la validez del testamento si es contraria á la ley vigente bien en el punto del otorgamiento, bien en la época de la muerte: de este modo asimila este punto á la capacidad jurídica del testador (num. I).—Bergmann, § 16, 19, 51 dice que en derecho romano se juzga del contenido del testamento *únicamente* por la ley que está en vigor cuando su confeccion, y que si se tiene en cuenta la época de la muerte es debido á una falsa doctrina de los autores franceses que ha pasado á la legislacion francesa.

(*y*) Chabot, t. II, p. 225, 464, 475.

(*z*) Chabot, t. II, p. 382. V. Meyer, p. 132, 148.

(*aa*) Chabot, t. II, p. 367, 370.

(*bb*) Chabot, t. II, p. 462, 464, adopta esta decision pero sin intentar justificarla, como lo hemos hecho aquí.

Más arriba hemos manifestado que la *regula Catoniana* era completamente extraña á la cuestion y no tenemos que investigar, como hacen muchos autores, cuáles son los medios artificiales para rechazar su aplicacion actual. En cuanto al heredero instituido, tampoco hay pretexto para querer aplicarle esta regla (notas *p*, *q*).

5) Sigue inmediatamente la ley acerca de la forma de testamento de que hemos tenido ocasion de hablar á propósito de los cambios de hecho.

La forma del testamento entra en el elemento de hecho, así que el testamento es válido ó nulo, segun que se haya observado ó no la ley entónces vigente; de modo que una ley posterior no puede cambiar nada en pró ni en contra del testamento *(cc)*. Esta regla concuerda perfectamente con las reglas más generales establecidas arriba (§ 388).

En virtud, pues, de esta regla, un testamento ológrafo hecho bajo el imperio del derecho francés permanece válido áun cuando ántes de la muerte del testador aquel derecho sea reemplazado por el prusiano que no reconoce los testamentos ológrafos. Recíprocamente, un testamento ológrafo hecho bajo el imperio del derecho prusiano permanece nulo áun cuando durante la vida del testador se introdujese en el país el derecho francés que admite esta forma de testamentos *(dd)*.

6) Por último, debemos mencionar el caso en que una ley derogue la sucesion testamentaria en general y no deja subsistir más que la sucesion legal, no porque este caso tenga una gran importancia práctica, sino porque su exámen puede servirnos para fijar mejor los principios.

Un testamento otorgado bajo el imperio de una ley que prohibe los testamentos en general, es y permanece nulo áun cuando una ley nueva permitiese los testamentos ántes de la muerte del testador. En efecto, las formas prescritas por la ley vigente no han podido ser observadas en semejante testamento, requisito y condicion esencial de su validez, segun la regla ántes establecida. (Núm. 5).

Sería igualmente nulo el testamento si la sucesion tes-

(cc) Chabot, t. II, p. 394, 399; Weber, p. 90.

(dd) Mas arriba hablamos de una disposicion del derecho prusiano algo diferente: de ella volveremos á ocuparnos. § 394.

tamentaria permitida en la época en que se hizo se encontrase prohibida por una nueva ley en la época de la muerte. En efecto, esta ley ha querido anular el contenido íntegro del testamento y la validez de este contenido se decide por la ley vigente en la época de la muerte (Núm. 3). Otra consideracion más perentoria aún nos conduce al mismo resultado. Esta ley recae en realidad no sólo sobre la adquisicion de un derecho (de una sucesion por medio de un testamento), sino sobre la existencia de una institucion jurídica (la sucesion testamentaria); y por lo general el efecto retroactivo no se refiere á las leyes de esta especie (§ 384).

El caso más dudoso parece ser aquel en que los testamentos legalmente permitidos en la época de su otorgamiento y en la de la muerte, hubieran sido prohibidos en el intervalo por una ley pasajera. Aquí nos inclinaríamos á seguir la analogía de la regla de derecho romano *media tempora non nocent* (nota *m*), y á declarar el testamento válido

§ CCCXCIV.—*A. Adquisicion de los derechos. Aplicaciones.*—IV. *Derecho de sucesion.* (Continuacion).

Hasta aquí no hemos considerado los límites en el tiempo del imperio de las nuevas leyes en materias de testamento sino en virtud de consideraciones generales, y sin atenernos á las prescripciones directas de las leyes positivas. Hemos expuesto (§ 393) las reglas del derecho romano relativas á una cuestion diferente en sí, la de los cambios de hecho que pueden influir en la validez de los testamentos, y hemos invocado la analogía de estas reglas para resolver el problema que nos ocupa. Ahora vamos á investigar las prescripciones positivas de las legislaciones de que podemos valernos con el mismo fin, ó sea de determinar la influencia que las leyes nuevas ejercen en la validez de los testamentos.

Comenzaremos por el derecho romano. No encontramos decision general acerca de la cuestion que nos ocupa. El principio fundamental que excluye la retroactividad de las leyes (§ 336) es insuficiente para los testamentos, pues no pertenece, como los contratos y las enajenaciones, á una sola época, sino á muchas (§ 393); de modo que vacilamos

en decir bajo qué aspecto puede colocarse el testamento entre los *futura negotia*, ó, mejor, entre los *facta præterita* (los *pendentia negotia*).

Por otra parte, encontramos en diversas leyes romanas disposiciones transitorias muy precisas acerca de la cuestion de saber á qué testamentos pueden aplicarse las leyes nuevas. Muy natural parece considerar ahora estas disposiciones transitorias como principio general y permanente, relativo á la cuestion que nos ocupa, y muchos autores modernos han edificado sus teorías bajo la influencia de esta idea; pero esta suposicion muy aventurada es ciertamente falsa en muchos casos particulares. En efecto, el legislador puede haber dado la disposicion transitoria sin creerla conforme á los principios y á la naturaleza del testamento en general, sino por respeto á lo que existe, y entónces no es la expresion de una regla reconocida como verdadera, sino de una excepcion favorable á la regla. Esta intencion del legislador, posible en sí, es evidente en muchos casos. Vamos, pues, á enumerar las diversas disposiciones transitorias del derecho romano acerca de los testamentos, y confrontándolas con los principios establecidos ántes (§ 393) veremos si deben considerarse como la expresion de la regla, ó más bien como excepciones á ella.

1) La *lex Falcidia* nos ofrece una prescripcion transitoria de este género; en ella se lee, cap. 1.° (*a*):

«Qui cives romani sunt, qui eorum *post hanc legem rogatam testamentum facere volet*, ut eam pecuniam,» etc.

Esta prescripcion reproducida literalmente en el capítulo segundo, restringe la aplicacion de la ley á los testamentos futuros; de modo que los testamentos ya hechos no estaban sometidos á ella áun cuando sus autores viviesen.

Esto constituye una excepcion de nuestras reglas, pues la ley que tenía por objeto el contenido del testamento hubiera debido aplicarse á todos los testamentos cuyos autores muriesen con posterioridad (§ 393, núm. 3), áun cuando aquellos estuviesen ya otorgados. Queríase, pues, evitar á los tes-

(*a*) L. 1, p., ad L. Falc. (XXXV, 2). Ciceron (in Verrem, I, 41, 42) habla de una disposicion semejante de la L. Voconia (qui heredem *fecerit*) á la que habia dado injustamente efecto retroactivo el edicto de Verres con las palabras *fecit fecerit*.

tadores el embarazo de cotejar sus testamentos con la ley nueva, modificarlos, en su consecuencia, como tambien el peligro de comprometer su validez si carecían de aquella prevision. No podemos ménos de aprobar semejantes miramientos, pues en realidad importaba poco al legislador que la ley recibiese su aplicacion exclusiva algunos años ántes ó despues.

Debo hacer observar además que esta ley no se proponía como fin ni como resultado restringir en lo que á los legados concernía una libertad hasta entónces sin límites, sino, ántes al contrario, reemplazar en muchos casos las restricciones más rigurosas de la *lex Furia* y de la *lex Voconia* con disposiciones nuevas y mejor apropiadas *(b)*. Así, pues, pretendían aplicar á los testamentos de las personas vivas la *lex Furia* y la *lex Voconia*, y á los testamentos futuros sólo la *lex Falcidia*.

2) En 531, Justiniano ordenó que la institucion de heredero no sería válida sino cuando el testador escribiese de su propia mano el nombre del heredero ó lo declarase de viva voz delante de testigos. Esta prescripcion debía aplicarse únicamente á los testamentos futuros y no á los ya hechos *(c)*. Esto no era más que la confirmacion pura y sencilla de los principios arriba establecidos; pues la nueva ley no recaia más que sobre la forma de los testamentos (§ 393, número 5). Pero tres años más tarde, en 534, se insertó esta ley en el nuevo código con la disposicion transitoria de que acabamos de hablar. Todos los testamentos hechos de 531 á 534, que hubieran debido ser conformes á la ley nueva, se encontraron por esto dispensados de su aplicacion, lo cual era en cierto modo una amnistía concedida á las violaciones de la ley. Podría creerse que esta reproduccion singular de la disposicion transitoria fué efecto de una inadvertencia; para Justiniano mismo es una ley posterior; declara que lo hizo de propósito, porque en el orígen la ley nueva no había sido suficientemente conocida, y la inser-

---

(b) Gayo, II, § 224, 227.
(c) L. 29, C., de test. (VI, 23). Toda esta disposicion no tiene más que un interés histórico, porque fué revocado algunos años más tarde Nov. 119, C. 9 (del año 544).

cion en el nuevo código debía reparar esta falta de publicidad (*d*).

3) Segun el antiguo derecho, la legítima era la cuarta parte de lo que el heredero hubiese recogido á no haber habido testamento; Justiniano lo elevó á la tercera parte y á la mitad, segun las diversas circunstancias (*e*). Como esta ley recae sobre el contenido del testamento, hubiera debido aplicarse á los testamentos ya hechos; pero Justiniano restringió tambien su aplicacion á los futuros, lo cual era asímismo una excepcion favorable (*f*).

4) Ciertas constituciones imperiales limitaban de diversas maneras la facultad que tenía el padre de mejorar por actos de última voluntad á hijos nacidos de una concubina (*g*).

Una de estas leyes restrictivas dispone que si no hay hijos legítimos, los hijos de una concubina podían recoger la mitad de los bienes; pero agrega que esta disposicion se aplicará sólo á los testamentos que se hagan en el porvenir (*h*). Esto es tambien una excepcion, porque, refiriéndose la ley al contenido del testamento, hubiera desde luego debido aplicarse á los testamentos de las personas vivas.

5) Bajo el emperador Augusto la L. *Julia* y la L. *Papia Poppœa*, establecieron reglas muy complicadas referentes á la caducidad de las sucesiones y de los legados. Esta institucion, modificada por diversas leyes posteriores, fue en 534 enteramente abolida por Justiniano, quien añadió que la ley nueva se aplicaría únicamente á los testamentos futuros (*i*). Esto era tambien una excepcion de los principios, puesto que la ley nueva tenía por objeto el contenido de los testamentos.

El código prusiano contiene acerca de nuestro asunto sólo un corto número de disposiciones permanentes hechas

---

(*d*) Nov. 66, C. 1, § 1.
(*e*) Nov. 18 (del año 536).
(*f*) Nov. 66, C. 1, § 2, 5, (del año 538).
(*g*) Göschen, Vorlesungen, III, 2, § 793.
(*h*) L. 8, C., de natur. lib. (V, 27), de Justiniano en 538.
(*i*) L. un., § 15, C., de cod. toll. (VI, 51).

para todos los tiempos, y aun estas no tratan la cuestion directamente, ni pueden ser invocadas más que por induccion. Nos reservamos hacer mencion de ellas al fin de esta investigacion.

Bajo otro aspecto, la legislacion prusiana es rica en disposiciones transitorias sobre los testamentos; disposiciones que no expresan principios generales y permanentes, sino que regulan con ocasion de una ley nueva la suerte de los testamentos, dejando cuando más entrever un principio general.

Vamos á enumerar estas disposiciones transitorias (§ 383).

La ley que promulgó el código en 1794 dice: § 12, que «todos los testamentos hechos en esta época serán *enteramente* juzgados por las antiguas leyes, áun cuando el testador no muriese hasta más tarde.» *Enteramente,* es decir, en cuanto á la forma y al contenido. Lo uno es la aplicacion pura y simple de los principios establecidos más arriba; lo otro es una excepcion favorable hecha á estos principios (§ 393, núm. 3), excepcion de que hemos visto muchos ejemplos en las leyes romanas.

Las tres leyes de 1803 reproducen literalmente en su § 6, la disposicion de la ley de 1794.

La ley hecha en 1814 para las provincias de más allá del Elba, nos presenta una doble innovacion (*k*).

La primera se refiere á las antiguas disposiciones que modifica.

§ 6. Todos los testamentos y actos de última voluntad hechos ántes del 1.° de Enero de 1815, deben juzgarse enteramente por las antiguas leyes *en cuanto á la forma,* áun cuando el testador no muriese sino más tarde.

Estas palabras: *en cuanto á la forma,* que no se encuentran en las leyes anteriores, implican evidentemente el contraste con las de *en cuanto al contenido* y significan que el contenido del testamento debe juzgarse segun la ley nueva, la vigente en la época de la muerte. Vemos, pues, aquí el reconocimiento de las reglas establecidas más arri-

(*k*) Gesetzsammlung, 1814, p. 89, 96.

ba respecto á las leyes aplicables á la forma y al contenido de los testamentos (*l*).

Más adelante hablaremos de la segunda innovacion.

La primera de que acabamos de ocuparnos se halla expresada con más exactitud y pormenores en la ley hecha en 1816 para la Prusia occidental (§ 383).

§. 8. Todos los testamentos..... en cuanto á su forma se juzgan enteramente por las antiguas leyes. *El contenido de los testamentos es igualmente válido si no se encuentra en oposicion con leyes prohibitivas existentes en la época en que se abre la sucesion. Bajo este último aspecto la capacidad de heredero instituido y la legítima deben especialmente juzgarse segun la ley vigente en la época en que se abre la sucesion.*

Las leyes transitorias posteriores reproducen literalmente esta disposicion.

Aquí evidentemente se distingue para la aplicacion de las diferentes leyes entre la forma y el contenido. En cuanto á las leyes sobre la forma, refiérense á la época del testamento; respecto á las leyes sobre el contenido, á la época de la muerte; y en esta última parte se colocan con razon las leyes acerca de la capacidad personal del llamado. Así, pues, reconócese como verdadera la série de reglas establecidas más ántes á excepcion de las leyes sobre la capacidad personal del testador de que no se habla.

Entre las provincias reconquistadas había tres, hasta esta época regidas por el derecho francés, y donde debían encontrarse testamentos de personas vivas, ológrafos unos y autorizados otros por Notario. Semejante estado de cosas pareció muy peligroso, y por una derogacion parcial de la disposicion ántes arriba referida, se decidió que en estas provincias los testamentos ológrafos y autorizados por escribano serían sólo válidos durante un año. En el curso del año cada testador debía hacer un testamento nuevo segun las formas del Código prusiano. Espirado este plazo si el testador moría sin haber hecho un nuevo testamento el antiguo era declarado nulo á ménos que se probase que el

(*l*) Bergmann, p. 565, pretende equivocadamente que no hay aquí ninguna derogacion de las leyes promulgadas anteriormente.

testador había estado continuamente imposibilitado de hacer otro nuevo (*m*). Esta disposicion especialísima no es evidentemente la disposicion de un principio general y permanente, sino una medida excepcional exigida por la necesidad. Tampoco en las otras leyes transitorias se encuentra disposicion alguna semejante.

Independientemente de estas leyes transitorias, el Código mismo encierra disposiciones permanentes que pueden servir para resolver nuestras cuestiones sobre los testamentos (§ 464).

A) Cuando las formas prescritas por la ley á la sazon vigente no han sido observadas en un acto jurídico, si una ley posterior declara estas formas suficientes, el acto es mantenido por excepcion (*n*).

Esta prescripcion no es particular para los testamentos á los que comprende así como á todos los actos jurídicos y no ofrece contradiccion alguna con las reglas establecidas más arriba. Por lo demás, para el caso de una nueva introduccion del Código prusiano en un país tiene dicha prescripcion poca importancia en materia de testamentos; pues no es imaginable que exista en parte alguna una forma más rigurosa que la prescrita por el Código prusiano; de modo que la introduccion de este Código haría mantener un testamento para el que la ley del país estableciese fórmulas aun más rigurosas. Esta prescripcion no tendría interés práctico sino cuando posteriormente se estableciesen en Prusia formas más fáciles para los testamentos, por ejemplo, las del derecho francés.

B) La capacidad personal del testador debe juzgarse con arreglo á la época en que se hizo el testamento (*o*). Sin embargo, como veremos, esta prescripcion se refiere únicamente á los cambios de hecho y no á los de las leyes, á los cuales sólo podría extenderse por analogía. Hé aquí, ahora algunas aplicaciones particulares.

A) La incapacidad natural existente en la época del tes-

(*m*) Provincias más allá del Elba (1814), § 7; Prusia Occidental (1816) § 9. V. más arriba § 383.

(*n*) A. L. R. Einl; § 17, V. más arriba § 388, c, donde discutimos el mérito de esta prescripcion.

(*o*) A. L. R. I, 12, § 11.

tamento lo hace nulo, aunque más tarde se hiciera capaz el testador; por ejemplo, la incapacidad fundada en la edad requerída por la ley para testar (*p*). Esto concuerda con nuestras reglas.

B) La incapacidad fundada en razones de derecho pierde su influencia si deja de existir más tarde la causa de la incapacidad (*q*). Esto es contrario á nuestras reglas. (§ 393, 1).

C) En el caso inverso, si el testador, capaz en la época del testamento, se incapacita más tarde por vía de pena de un acto contrario á las leyes, su testamento se hace nulo (*r*). Esto está de acuerdo con nuestras reglas.

C) Para juzgar de la capacidad de un heredero ó legatario debemos referirnos á la época en que abre la sucecion (*s*). Esta disposicion, como las precedentes, no ha tenido ciertamente en cuenta más que los cambios de hecho; pero puede por analogía extenderse sin inconveniente alguno á los cambios ocurridos en la legislacion, y esta explicacion esta completamente de acuerdo con nuestras reglas.

El Código austriaco no encierra disposicion alguna transitoria especial para los testamentos; pero dice en general que el nuevo Código no debe ejercer influencia alguna sobre los actos anteriores, aún cuando estos actos consistiesen en declaraciones, las cuales podrían hacerse con arreglo á las prescripciones contenidas en el nuevo Código (*t*). Este texto designa evidentemente los testamentos y reproduce de este modo la disposicion del § 12, de la ley prusians de 1794 que hemos referido más arriba y cotejado con nuestras reglas.

He expuesto ya las opiniones de los principales autores con ocasion de las diversas cuestiones. El gran error de Weber consiste en exigir para la validez del contenido del testamento su conformidad á las leyes vigentes en las dos épocas, miéntras que Bergmann se aferra exclusivamente

(*p*) A. L. R. I, 12, § 13.
(*q*) A. L. R. I, 12, § 12.
(*r*) A. L. R. I. 12, § 14.
(*s*) Este es el texto literal del A. L. R. I. 12, § 43.
(*t*) Sacado textualmente de la Einführugspatent. de 1811. p. 5, 6.

y sin razon alguna á la época del testamento. Chabot tiene sobre esta materia nociones más justas que estos dos autores (§ 393, *x*); pero todos han sido más ó ménos inducidos á error por los motivos siguientes.

No han distinguido lo bastante los cambios ocurridos en las relaciones de hecho de aquellos que pueden traer las leyes nuevas; tampoco han distinguido las causas naturales de las disposicisnes legislativas que pueden poner obstáculos á la capacidad personal del testador. En derecho romano han desconocido los verdaderos motivos de diversas prescripciones especialmente las de los *tria tempora* y alguna vez los han supuesto imaginarios, por ejemplo, la *regula Catoniana*. Sobre todo, han generalizado disposiciones particulares y transitorias del derecho romano, viendo en ellas, contra la intencion de sus autores, la expresion de principios generales y permanentes.

§ CCCXCV.—A. *Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.* —VI. *Derecho de sucesion.* (Continuacion).

II) La sucesion *abintestato* presenta relaciones mucho más simples que la sucesion testamentaria; porque allí no se ven dos hechos á menudo muy distantes, la confeccion del testamento y la apertura de la sucesion. Sin embargo, para una como para otra tenemos que ocuparnos, tanto de los cambios ocurridos en las relaciones de hecho, como de los introducidos por las nuevas leyes; para los primeros el derecho romano nos dá reglas exactas que por analogía podemos aplicar á los segundos.

La capacidad personal de dejar una sucesion *abintestato* se juzga por la época de la muerte del indivíduo. El derecho romano exige el derecho de ciudadanía en el sentido de que la muerte de un ciudadano romano, puede sólo dar lugar á la aplicacion de derecho romano acerca de las sucesiones; pues si un extranjero muere en el estado romano, su sucesion se regula segun las leyes de su país. El romano que había sufrido una *magna capitis diminutio* (un deportado ó un *servus pœnæ*) no podía dejar sucesion; lo que había ó parecía tener, pertenecía al fisco.

La capacidad personal de ser llamada á una sucesion *abintestato*, tenía igualmente por condicion el derecho de ciu-

dadanía: la *magna capitis diminutio* quitaba esta capacidad; la *minima* no era un impedimento absoluto, pero privaba al heredaro *abintestato* de ciertos derechos fundados en la agresion *(a)*. Esta capacidad debía ciertamente existir en la época de la apertura de la sucesion y en la de la adicion de la herencia y áun en todo el tiempo intermedio, pues toda incapacidad que en este intervalo ataca á uno de los herederos *abintestato* transfiere inmediatamente su parte á todos los llamados en concurrencia con él ó despues de él (§ 393, *m*). Estas reglas se aplican cualquiera que sea la causa de la incapacidad á un cambio en las relaciones de hecho ó á una ley nueva.

El punto más importante y tambien más difícil, es la relacion personal entre el heredero *abintestato* y su autor, relacion fundada particularmente en el parentesco. Este punto es decisivo tanto para establecer la cualidad del heredero en general, cuanto para determinar el órden en que los diversos herederos son llamados á la sucesion. Esta relacion personal debe juzgarse segun la época de la apertura de la sucesion que ordinariamente, pero no siempre coincide con la dicha apertura.

Ahora tenemos que examinar dos especies de cambios posibles.

A) Cambios en las relaciones de hecho.

Todos los cambios anteriores á la muerte que dá lugar á la apertura de la sucesion, no tienenen influencia alguna. Indudablemente pueden existir en esta época espectativas muy precisas y verosímiles. Los próximos parientes de un célibe rico y de mucha edad pueden contar con su sucesion, y los hijos nacidos de un matrimonio tardío pueden frustrar estas esperanzas. Pero en general las reglas de derecho no protegen las simples espectativas y estos parientes han debido admitir la posibilidad de este cambio como la de un testamento.

Con el objeto de determinar exactamente la época decisiva, debemos desde luego mencionar dos reglas en cierto modo negativas.

1) Ninguno puede ser considerado como heredero *ab-*

(*a*) L. 1, § 4, 8, ad Sc. Tert. (XXXVIII, 17).

intestato de un individuo si ha sido concebido despues de la muerte de éste. Es, pues, una condicion esencial que el heredero *abintestato* haya nacido ó haya sido concebido al ménos durante la vida del difunto (*b*).

2) Cuando el llamado á una sucesion no la acepta ó muere ántes de haberla aceptado, parece natural que á consecuencia de este cambio de hecho el llamado despues de él venga á reemplazarlo, lo que se llama una *successsio (ordinum, graduum)*. Sin embargo, en el antiguo derecho civil no se reconocia esta *succession*, porque se atenían escrupulosamente á la letra de las Doce Tablas; el pretor la admitió en el número de las que creaba (*c*), pero Justiniano la reconoció de una menera general (*d*).

Una vez admitidas estas dos reglas tenemos que examinar más exactamente la época en que segun las relaciones de derecho entónces existentes, se regula la sucesion *abintestato*. Per lo general, esta época es la de la apertura de la sucesion que, sin embargo, puede, segun las circunstancias, colocarse en dos épocas distintas.

Aquí debemos distinguir dos casos.

El primero es aquel en que existe un testamento cuya anulacion dá lugar á que quede abierta la sucesion *abintestato* que coincide con la anulacion del testamento. Acontece esta cuando el heredero testamentario no acepta la sucesion, cuando muere ántes de haberla aceptado, y cuando la institucion de heredero se halla subordinada á una condicion y esta condicion falta. En todos estos casos se supone que no hay otros herederos testamentarios para hacer ejecutar el testamento. En estos diferentes casos, la sucesion queda abierta cuando el heredero testamentario rehusa, cuando muere, cuando la condicion falta. Cada uno de estos acontecimientos suministra la certeza de que no habrá sucesion testamentaria, lo cual hace que quede abierta la sucesion *abintestato*.

El segundo caso es aquel en que no existe testamento.

(*b*) § 8, J. de hert. quæ ab int. (III, 1), L. 6, § 7, 8, pr. de suis (XXXVIII, 16). Acerca de la asimilacion del *nasciturus* ó *natus*, Véase t. I, § 62.

(*c*) Gayo, III, § 12, 22, 28; Ulpiano., XXVI, § 5.

(*d*) § 7, J. de legit. adgnat. succ. (III, 2).

La sucesion empieza entónces precisamente en la época de la muerte y no hay ninguna otra época en que esta sucesion pueda abrirse.

Hé aquí ahora cómo la Institutas deciden esta importante cuestion en el texto siguiente (*e*).

«Proximus autem, si quidem nullo testamento facto »quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, *quo mor- »tus est is, cujus de hereditate quœritur*. Quod si facto testa- »mento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, »*quo certum esse cœperit, nullum ex testamento heredem »existiturum*, tunc enim proprie quisque intestato decessis- »se intelligitur.»

Ocupémonos del segundo caso, de aquel en que no hay testamento. La regla transcrita arriba nos enseña que los herederos *abintestato* llamados ó no llamados, están determinados únicamente por la relacion personal existente en la época de la muerte. Acaso se diga que este texto nada tiene de positivo, y que es implícito por sí mismo puesto que no puede imaginarse una época posterior; pero esta objecion no tiene fundamento alguno. La mayor parte de los casos enumerados con motivo de la sucesion testamentaría pueden representarse por los herederos llamados *abintestato*. Muchos de estos herederos pueden no aceptar la sucesion ó morir ántes de haberla aceptado. ¿Qué debe hacerse entónces de la parte que les correspondía?

De dos maneras diferentes puede procederse aquí. Desde luego pueden atenerse á la particion regulada en la época de la muerte y volver á aquella, en cuanto sea posible, las partes que quedan vacantes. Estas partes son devueltas entónces á los coherederos por *jus accrescendi* y cuando no los hay á la *successio ordinum graduum*.

Además pueden seguir una marcha inversa; colocar la apertura de la sucesion en la época en que la parte quedó vacante y regular de nuevo la sucesion *abintestato*. Colócase entónces en primera línea la *successio ordinum* ó *graduum* y sólo por via de expediente se apela al *jus accrescendi*.

(*e*) § 6, J. de legit. adgn. succ. (III, 2). Para el primer caso (el en que el testamento queda sin efecto) puede citarse. Gayo, III. § 13; L. 1, § 8; L. 2, § 5; L. 5, de suis (XXXVIII, 16).

Segun el principio fundamental establecido más arriba no debemos vacilar en emplear el primer método, es decir, en considerar la época de la muerte como la época definitiva de la apertura de la sucesion, áun cuando hechos posteriores hagan necesaria una particion suplementaria. En otros términos: cuando hay colision entre el *jus accrescendi* y la *ssuccessio graduum*, debe darse la preferencia al primero.

B) Cambios en la legislacion.

Aquí como en los testamentos debemos seguir la analogía de las prescripciones relativas á los cambios de hecho, y podemos seguirla sin escrúpulo, pues nos aparecen como la expresion de principios generales y permanentes, sin mezcla alguna, como para los testamentos, de motivos puramente accidentales é históricos.

Tomando por guía esta analogía hé aquí las reglas que debemos establecer respecto á los efectos de las leyes nuevas acerca de la sucesion *abintestato.*

1) Una ley nueva anterior á la apertura de la sucesion debe siempre, para este caso particular, regular la sucesion *abintestato.*

2) La apertura de la sucesíon se coloca:

A) Cuando no hay testamento, en la época de la muerte.

B) Cuando hay un testamento, en la época en que se adquiere la certeza de que no se presentará heredero testamentario.

3) Una ley nueva posterior á la apertura de la sucesion no tiene ninguna influencia áun cuando aparezca en el intervalo que media entre la apertura de sucesion y la adicion

---

(*f*) Esta cuestion ha sido objeto de una célebre y antigua controversia. La opinion que adoptamos está sostenida por Göschen, Vorlesungen, III, 2, § 929, y por Banmeister, Anwach-sungsrecht unter Miterben; § 5, § 7. Podría encontrarse asunto para una duda en los L. 1, § 10, 11, L. 2, ad Sc. Ter. CXXXVIII, 17), que toman por punto de partida la época posterior en que el primer llamado ha rehusado la sucesion. Pero una interpretacion recta de estos textos nos muestra que contienen, no la aplicacion de un principio general, sino una prescripcion especial referente á la relacion de la nueva sucesion civil entre la madre y los hijos con el *jus antiquum* de los agnados. Quería impedirse, si la madre ó el hijo llegaban á rehusar la sucesion, que los agnados, para quien no había la *successio graduum*, no se viesen totalmente despojados de la sucesíon, contra el propósito del Senado-consulto.

de la herencia. La mayor parte de los autores admiten esta última proposicion (*g*), pero algunos la ponen en duda (*h*).

La objecion principal se apoya en un error. El principio de la no retroactividad de las leyes no tiene, se dice, otro fin que el de mantener los derechos adquiridos. Ahora bien, el derecho conferido al llamado por la apertura de la sucesion no es un derecho adquirido y no llega á serlo sino por la adicion de la herencia; y así, hasta esta última época la ley nueva puede modificar el derecho de sucesion sin violar el principio de la no retroactividad; la apertura de la sucesion y la adicion de la herencia sólo se confunden excepcionalmente para el *suus heres* que hereda *ipso jure*.

Pero en la realidad la apertura de la sucesion confiere al llamado un derecho adquirido sin su participacion y áun sin su noticia; me refiero al derecho exclusivo de aceptar la sucesion y confundirla con sus bienes ó de no aceptarla, segun le plazca. Aquí hay un verdadero derecho adquirido, protegido como cualquier otro derecho, por el principio de la no retroactividad contra los efectos de las nuevas leyes y así enteramente diversas de las simples espectativas. Por lo demás, este derecho tiene una naturaleza distinta y menor extension que el que resulta de la adicion de la herencia, el cual incorpora inmediatamente al patrimonio del heredero los bienes hasta entónces extraños.

La regla que acabamos de establecer está confirmada por la siguiente disposicion transitoria:

Una ley de Valentiniano II había atribuido á los descendientes simplemente consignados el derecho de recoger como herederos *abintestato* las tres cuartas partes de los bienes de sus ascendientes, no reservando más que una cuarta parte para los agnados que entraban en concurrencia con ellos (*i*). Justiniano atribuyó á los descendientes la totalidad de la sucesion sin extraer ó reservar la cuarta parte para los agnados (*k*), pero añadió:

(*g*) Weber, p. 96; Chabot. t. I, p. 379 («el momento de la apertura de la sucesion).»

(*h*) Heise und Cropp juristische. Abhandlungen, t. II, p. 123, 124, 130, 132.

(*i*) L. 4, C. Th. de leg. hered. (V, 1), § 16; J, de her. quæ ab int. (III, 1).

(*k*) L. 12, C. de suis (VI, 55).

Quod tantum in futuris, *non etiam prœteritis negotiis*, servari decernimus.

Nada más sencillo, ciertamente que aplicar estas palabras á la apertura de la sucesion designada así como *futurum negotium* y no á la adicion de la herencia. Pero la prueba de que tal es el sentido de la ley resulta de lo que precede inmediatamente: «sed descendentes soli ad mortui successionem *vocentur*:» donde se ve que la apertura de la sucesion es el objeto de que se ocupa el legislador áun en el caso en que se figure entre los *prœterita negotia* colocados fuera de la ley.

La ley prusiana transitoria de 1794 dice más expresamente áun (en la introduccion al Código), § 13:

«La sucesion legal... si la apertura de la *sucesion* es an»terior al 1.° de Junio de 1794, se *regula* segun las *antiguas* »*leyes*; si es posterior al 1.° de Junio de 1794..., segun las »prescripciones del nuevo Código.»

Todas las leyes prusianas transitorias hechas despues están conformes con este principio (§ 383).

III) Contratos irrevocables sobre las sucesiones.

Estos contratos tienen todos los caracteres de los contratos en general; por consiguiente, deben juzgarse por la ley vigente en el tiempo que se hicieron *(l)*. Objétase que semejante contrato no confiere un derecho absolutamente adquirido, puesto que se ignora cuál de los dos contratantes sobrevivirá *(m)*. Mas esta objecion carece de valor, porque los derechos condicionales no dejan de ser derechos protegidos contra la influencia de las nuevas leyes por el principio de la no retroactividad (§ 385, *h*).

§ CCCXVI.—A. *Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.* V. *Derecho de la familia.*

Los autores franceses confunden á menudo las leyes sobre el derecho de la familia con las leyes sobre el estado de la persona en sí. Ahora bien, como para estos últimos jamás se trata de derechos adquiridos (§ 389); de suerte que la accion de las nuevas leyes es enteramente libre, tras-

---

(l) Chabot, t. 1, p. 133; Struve, p. 247, 245. V. más arriba § 392.
(m) Weber, p. 98, 99.

portan esta relacion á las leyes sobre el derecho de la familia, sin reflexionar que estas encuentran siempre verdaderos derechos adquiridos que deben respetar, como hacen las leyes sobre las cosas y las obligaciones. Esta confusion proviene del uso exagerado que se hace de la division de las leyes en estatutos personales y reales (§ 361, núm. I), y de la division de instituciones bajo la misma denominacion (*a*); de modo que el puro derecho de la familia, como el estado de la persona en sí, figura entre los derechos personales y el derecho de la familia, aplicado es el único que se coloca entre los derechos reales (*b*). Aunque debe rechazarse en absoluto esta doctrina tiene en su aplicacion resultados ménos deplorables de lo que pudiera temerse, pues las cuestiones más importantes referentes al derecho de las familias pertenecen en realidad á la capacidad de obrar (*c*), y, por otra parte, leyes importantes acerca del verdadero derecho de la familia, especialmente el matrimonio, escapan al principio de la retroactividad, porque tienen por objeto, no la adquisicion, sino la existencia de los derechos en sí.

I) Matrimonio (*d*).

Siendo un puro contrato el matrimonio (*e*), podria pensarse que en su conjunto se rige por las leyes vigentes en la época de su celebracion. Sin embargo, esta regla, aunque verdadera en sí, tiene solo una aplicacion muy restringida respecto al derecho puro del matrimonio, es decir, abstraccion hecha de la influencia del matrimonio sobre los bienes (*f*).

La cuestion de saber si el matrimonio ha sido legal-

(*a*) Los derechos personales son aquellos que están *ligados á las personas*; los derechos reales son los derechos *ligados á los bienes*.

(*b*) Chabot, I, p. 23, 29, 31, 34, 377, 378. Bergmann, § 50, se sublevan contra esta doctrina, pero sin poner de manifiesto la confusion que de ello resulta y que acabamos de señalar.

(*c*) Tal es sobre todo la autorizacion marital que pertenece más bien á la tutela del sexo que al derecho del matrimonio. V. § 389, núm. 2.

(*d*) Véanse las reglas establecidas § 379, sobre los límites locales de las leyes.

(*e*) V. t. II, § 141.

(*f*) Sobre la definicion del derecho de familia puro y aplicado. V. t. I, § 54, 58.

mente contraido se juzga exclusivamente por la ley vigente en la época de su celebracion (*g*).

La autoridad personal del marido sobre la mujer no dá lugar en modo alguno á la intervencion de la ley ni de los tribunales. —El caso jurídico más importante que presenta la aplicacion de esta autoridad, quiero decir, la tutela del marido, no pertenece en general al derecho del matrimonio, sino al estado de la persona en sí (nota *c*).

El divorcio tendría un interés capital si hubiera de juzgarse por la ley que estaba en vigor cuando la celebracion del matrimonio. Pero más adelante veremos que en esta materia se ha tenido sólo en cuenta la época de la demanda de divorcio, no la del matrimonio ó la de los hechos que han motivado la demanda (*h*).

Por otra parte, el derecho de los bienes entre esposos (el derecho de matrimonio aplicado) es para la aplicacion de nuestros principios un objeto muy importante. Diremos aquí que la ley vigente, en la época del matrimonio, debe aplicarse áun cuando leyes posteriores modificasen el derecho de bienes entre los esposos (*i*). Esta cuestion tiene mucha analogía con la aplicacion del derecho local (*k*). Todas las razones dadas más arriba (§ 379), para hacer prevalecer la ley vigente en el domicilio del marido cuando la celebracion del matrimonio sin consideracion á un cambio ulterior de domicilio, pueden invocarse contra la influencia de un cambio posterior en la legislacion.

Hé aquí diversas aplicaciones de este importante principio:

La relacion del régimen dotal con el de la comunidad de

(*g*) Por los mismos derechos invocados más arriba (§ 379), relativamente al derecho local. Véase Código civil, art. 170. Esta opinion está adoptada por Reinharelt zu Glück, t. I, p. 10; Bergmann, p. 30, no participa de ello enteramente.

(*h*) Véase más adelante, § 399, comp.; § 379, *n. b.*

(*i*) Esta doctrina ha sido adoptada por la mayor parte de los autores: Chabot, t. I, p. 79. 81; Meyer, p. 167; Pfeiffer praktische Ausführungen, t. II, p. 270, 276; Mittermaier, Deutsches Recht. § 400, núm. V.

(*k*) Digo la mayor parte de los motivos y no todos, pues podría darse aquí el motivo de que la voluntad del marido de que depende la eleccion del domicilio, no puede modificar el derecho de los bienes existentes. Sin duda los cambios de las leyes no dependen de su voluntad.

bienes; si una de esas instituciones reina exclusivamente; si son admitidas en concurrencia y cuál es su posicion respectiva.

La naturaleza de la dote; *dos profectitia*; trasmision del derecho de repeticion á los herederos; reversion directa de la propiedad á los herederos. Observo, sin embargo, que cuando segun el puro derecho romano la dote se constituye no *ipso jure*, sino por el hecho de una voluntad libre, no es la época del matrimonio, sino de la constitucion de la dote la que determina la ley que ha de aplicarse. Este punto está expresamente reconocido en una prescripcion transitoria de Justiniano (*l*). Igualmente, la comunidad de bienes se juzga por la ley de una época posterior cuando en un caso particular no resulta de la ley vigente en la época del matrimonio, sino de un contrato hecho con posterioridad por los esposos (*m*).

Las consecuencias de un segundo matrimonio relativamente á los bienes. Esto está reconocido tambien por una prescripcion transitoria de Justiniano (*n*).

Más adelante hablaremos (§ 399) de las prescripciones impuestas á las liberalidades entre esposos.

Lo que se llama la sucesion de los esposos tiene una doble naturaleza. Con frecuencia no es más que el simple desarrollo, la consecuencia de un derecho de bienes entre vivos, especialmente de la comunidad bajo una de sus diferentes formas. Entónces se regula por la ley de la época en que la relacion de derecho tuvo nacimiento: ordinariamente la de la celebracion del matrimonio; algunas veces tambien la de un contrato posterior (notas *i*, *m*). En otros casos la sucesion de los esposos es una verdadera y pura sucesion *abintestato*, y siempre se juzga por la ley vigente en la época en que aquella se abre. Entre estos otros casos figura el edicto *unde vir et uxor* y la sucesion de los esposos indigentes establecida por el derecho romano, como

---

(*l*) L. un. in. f. C., de rei ux. act. (V. 13).
(*m*) Aquí tenemos, pues, una excepcion razonable á la regla presentada más arriba, (nota *i*).
(*n*) Nov. 22, C., I.

tambien segun el derecho de la provincia de Brandeburgo la *Joachimica* (*o*).

Las mismas distinciones y las mismas reglas aplícanse tambien á la sucesion de los hijos en tanto que se liga con el derecho de los bienes que rige á sus padres.

Naturalmente todas estas reglas sólo se aplican cuando la nueva ley acerca de los bienes entre los esposos no está acompañada de disposiciones transitorias especiales y precisamente en esta materia, más que en otra alguna, debe esperarse encontrarlas. En efecto, si en un país el legislador reemplazase por la comunidad general de bienes el régimen dotal exclusivamente seguido hasta entónces, ó recíprocamente, no olvidaría por cierto tomar en consideracion los numerosos matrimonios existentes y regular sus relaciones con la ley nueva.

Terminaremos esta investigacion dando cuenta de algunas disposiciones transitorias dadas acerca de las leyes nuevas relativas al matrimonio.

Ya hemos hablado (notas *c*, *l*, *n*) de dos leyes de Justiniano, en que están aplicados y reconocidos los principios que acabamos de exponer.

El derecho prusiano nos ofrece las disposiciones transitorias siguientes (*p*):

La ley que promulgó el Código de 1794 ordena, § 14, que el derecho de los bienes entre esposos, comprendiendo en él la separacion que resulta de un divorcio, se regulará por la ley vigente en la época de la celebracion del matrimonio, lo cual es enteramente conforme con el principio establecido más arriba. Para el caso de una sucesion *abintestato* fundada en el derecho comun, se deja al esposo sobreviviente la facultad de heredar con arreglo á la ley vigente en la época del matrimonio ó con arreglo al Código. Esta es una prescripcion positiva enteramente nueva que no descansa sobre ningun principio de derecho; pero no es rigurosa ni justa, porque el esposo puede prevenir este resultado haciendo testamento. Si no lo hace, debe admitirse

---

(*o*) Acerca de esta distincion, véase § 379, núm. 5, y acerca de las reglas aplicables á las verdaderas sucesiones *abintestato*, V. § 395, *b*.

(*p*) Las disposiciones sobre los motivos de divorcio están expuestas más adelante (§ 399, *c*).

que ha aprobado este favor concedido por la ley al cónyuge superviviente.

Las leyes transitorias de 1814 y 1826, concuerdan con esta cuestion en lo que tienen de esencial (*q*).

II) Poder paterno.

La existencia del poder paterno se juzga con arreglo á la ley vigente en la época en que se colocan los hechos que le dan nacimiento. Así, Justiniano ordenó que en la mayoría de los casos la adopcion de un hijo sometido al poder paterno de otro no crearía un poder paterno nuevo ni derogaría el antiguo (*r*). Esta ley era ciertamente aplicable á todas las adopciones hechas posteriormente; pero las ya hechas no escapaban al rigor de la antigua ley. Tambien la legitimacion por subsiguiente matrimonio se juzga segun la ley vigente en la época en que se contrajo, sin consideracion á las leyes posteriores ó á las que existan al nacimiento del hijo (§ 380).

No tenemos que ocuparnos aquí de los derechos personales del padre sobre el hijo: las leyes relativas á este objeto atañen á la existencia de los derechos, no á su adquisicion, y, por consiguiente, se aplican á las relaciones de derecho ya existentes (§ 398).

En cuanto á los derechos sobre los bienes podría uno sentirse inclinado á aplicar al poder paterno las reglas establecidas más arriba con referencia al matrimonio. En consecuencia, los derechos acerca de los bienes quedarían invariablemente fijados por la ley bajo cuyo imperio comenzó la patria potestad, es decir, por la ley vigente cuando nació el hijo; de manera que una ley nueva sólo podría aplicarse á los hijos nacidos despues de su promulgacion. Pero cuando se examina el asunto más de cerca, esta analogía se

---

(*q*) (V. § 383).—Provincias más allá del Elba, § 9; Prusia occidental, § II, 11; Posen, § 11; Saxe, § 11. Las diferentes disposiciones que podrían citarse se refieren al derecho provincial y no á nuestra cuestion. La ley para el ducado de Westfalia, de 1825, nos habla de este objeto, porque el § 4 excluye de la adopcion del código prusiano los tres primeros artículos de la segunda parte que tratan sólo del matrimonio y de la sucesion *abintestato*.

(*r*) L. 10, C., de adopt. (VIII; 48); § 2, J. de adopt. (I. 11). Excepto el caso en que el padre adoptivo es al mismo tiempo un ascendiente natural del hijo.

reduce á una pura ilusion y se reconoce que la nueva ley debe regular inmediatamente las relaciones de los bienes, aun para los hijos ya nacidos. Antes de presentar la prueba de esta proposicion quiero hacerla evidente con un ejemplo.

Segun el antiguo derecho romano, un hijo colocado bajo el poder paterno no podría tener bienes algunos; pues todo lo que adquiría por sus actos quedaba inmediatamente adquirido por el padre. Andando los tiempos, esta capacidad cesó para muchas especies de adquisiciones, especialmente para el *castrense peculium* y para los *bona materna*; pero la regla subsistió siempre. Justiniano la abolió por completo, ordenando que todo lo que el hijo adquiriera por cualquier título que fuese, fuera propiedad suya y no de su padre (*s*). Si ahora se pregunta á qué caso se aplica la ley nueva segun la falsa analogía del matrimonio, podría responderse: á los hijos nacidos despues de la ley. En mi sentir, es preciso decir que por la promulgacion de la ley todo lo que el hijo adquiere se hace propiedad suya; lo que había adquirido anteriormente pertenece sólo al padre. Así, pues, la suerte de las nuevas adquisiciones quedaba inmediatamente cambiada por la nueva ley; ésta nada cambiaba respecto á los bienes adquiridos.

Hé aquí la prueba de mi afirmacion. Estas reglas sobre las adquisiciones del hijo no son más que las consecuencias de su capacidad de derecho, más ó ménos restringidas (*t*), y, como tales, pertenecen al estado de la persona en sí, que no está regido por el principio de la no retroactividad (§ 389). Y aquí precisamente se manifiesta una diferencia esencial entre el poder paterno y el matrimonio; pues el derecho de los bienes entre esposos (el régimen dotal ó la comunidad) nada tienen de comun con la capacidad del derecho. Tal es la expresion jurídica de la diferencia fundamental que existe entre estas dos especies de relaciones de derecho; pero al mismo resultado se llegaría considerando la cuestion bajo otro aspecto. El matrimonio es una relacion de derecho entre dos personas independientes que resulta de su libre vo-

---

(*s*) L. 6, C., de bon. quæ lib. (VI, 61), § 1, J. per quas pers. (II, 9).
(*t*) V. t. I, § 67.

luntad y de un contrato. El poder paterno, por el contrario, resulta del nacimiento de un hijo, es decir, de un acontecimiento natural independiente de la voluntad. No puede, pues, tratarse aquí de mantener los efectos de la voluntad y de las relaciones de derecho fundadas en un contrato.

Lo que decimos de estos contrastes extremos aplícase á toda especie de cambio legislativo, porque si bien estas leyes difieren por la extension de sus efectos, su naturaleza permanece siempre la misma. Cuando una ley nueva establece, deroga, prolonga ó abrevia el usufructo del padre sobre los bienes del hijo, hácese inmediatamente aplicable á los bienes de los hijos ya nacidos (*u*).

Estas reglas se hallan reconocidas no sólo por los autores, sino tambien por las leyes transitorias de Prusia relativas al usufructo del padre y de la madre (*v*).

La disolucion del poder paterno, especialmente á consesecuencia de la emancipacion, está sometida á las leyes vigentes en la época en que se coloca el hecho que lleva consigo esta disolucion. Otro tanto decimos de las consecuencias de estos, entre las que figura el *prœmium emancipationis* (nota *u*).

Más adelante hablaremos (§ 399) de las relaciones de derecho concernientes á los hijos naturales.

III) Tutela.

En derecho actual la tutela nos aparece como el ejercicio de un derecho de proteccion pertenecientes al Estado, y por lo tanto, como una rama del derecho público (§ (380, *c*). No es dudoso que la tutela puede ser siempre modificada por leyes nuevas.

Si estas leyes recaen sobre el establecimiento de la tu tela en casos particulares no se concibe la necesidad que tendrían de modificar las tutelas ya constituidas, y que sea

---

(*u*) Weber, p. 96; Reinhardt zu Glück, t. I, p. 11. Podría creerse que en derecho romano esto es contrarío á la naturaleza del usufructo el cual, una vez adquirido, dura hasta la muerte del usufructuario. Pero este usufructo fundado en una relacion de familia, tiene una natura, leza distinta, áun con arreglo al derecho romano, que conserva al padre mancipador como recompensa especial de la emancipacion, *la mitad* del usufructo de los bienes. L. 6, § 3, C., de bon. quæ lib. (VI, 61).

(*v*) Provincias más allá del Elba, 1814, § 10; Prusia occidental. 1816 § 13; Posen, 1816, § 13, (V. § 383).

incontestable el derecho de hacer estas modificaciones. Si la ley guarda silencio sobre este punto se aplica sólo á las futuras tutelas.

Las obligaciones que resultan de la administracion de una tutela (*actio tutelæ directa, contraria*), se juzgan por el derecho que rige las obligaciones (§ 392).

IV) Libertos.

Si mencionamos aquí esta ley perteneciente al antiguo derecho y relativa á la manumision de esclavos, es porque encierra una disposicion transitoria que los autores modernos han comprendido mal frecuentemente.

La *lex Junia* había ordenado en muchos casos de una manumision incompleta que el manumitido sería libre, y aún *latinus*; que fuera capaz de adquirir, para que á su muerte sus bienes volvieran al patrono, no como herencia, sino en virtud de una ficcion que hacía considerar al manumitido como muerto en estado de esclavitud *(w)*. Justiniano completó esta manumision incompleta; de modo que los bienes no debiesen volver más á poder del patrono. Pero añadió que esta disposicion solo se aplicaría á las manumisiones futuras, y que las manumisiones anteriores se regirían por el antiguo derecho, ya fuese que el manumitido hubiese muerto, ya estuviese vivo (*x*).

Esta no era una ley sobre las sucesiones, como han supuesto ordinariamente los autores modernos, sino una ley sobre la manumision y sobre la restriccion de bienes que se refiere á ella; esta disposicion transitoria era muy apropiada á la naturaleza de esta relacion de derecho.

§ CCCXCVII.—A. *Adquisicion de los derechos.—Excepciones.*

El resultado de nuestra investigacion ha sido señalar límites en el tiempo á la accion de las leyes nuevas sobre las diversas clases de relaciones jurídicas. En estas reglas puede haber excepciones en dos sentidos: pueden extender ó restringir, en comparacion con estas reglas, la accion de las leyes nuevas.

(w) Gayo, III, § 56.
(x) L. un., § 13. C., de Lat. libert. toll. (VII, 6).

La extension dada á los efectos de una ley nueva, es decir, una retroactividad excepcional, significa de ordinario que el legislador, convencido de la importancia de una innovacion, quiere extender su eficacia en cuanto sea posible. Como ejemplo de este género citaremos la ley romana sobre los intereses de la que hemos hablado más arriba (§ 386, *f*, *g*). Semejante excepcion se justifica difícilmente, pues sus ventajas están siempre compensadas y áun excedidas por la impresion desfavorable que produce una medida tan arbitraria, aunque esté dictada por las mejores intenciones.— Tambien algunas veces la excepcion reconoce otro motivo, el de favorecer á determinadas personas sin perjudicar á nadie. Por esto, en derecho prusiano una nueva ley penal más suave se aplica á los delitos cometidos bajo el imperio de la antigua ley (*a*). Por el mismo espíritu de miramiento otra ley prusiana dispone que los vicios de formas de un acto jurídico quedaran á cubierto si el acto satisface á una ley nueva que exigiese formas rigurosas. He indicado más arriba (§ 388, *e*), las objeciones que podrían levantarse contra el carácter de esta prescripcion.

Una restriccion excepcional impuesta á los efectos de una ley nueva presenta muchos ménos inconvenientes. Tiene por objeto respetar simples esperanzas que no protege el principio fundamental establecido más arriba (§ 385), y reposa siempre sobre la idea de que si la ley nueva es saludable en sí, no tiene, sin embargo, una importancia tal que deba hacerse una aplicacion directa é inmediata de ella con riesgo de lesionar intereses individuales.

Ya he observado que la ley del emperador romano, que niega en general la retroactividad de las leyes, hace una expresa reserva para las excepciones particulares (§ 386, *a*), reserva que no era necesaria, pues se deja desprender de ella misma. En el curso de esta investigacion he citado muchos ejemplos de estas excepciones tomadas, tanto del derecho romano, como de las legislaciones modernas. Estas excepciones eran extensivas las unas (*b*), restrictas las

---

(*a*) V. (§ 387, *b*). Esta disposicion estaba ya justificada por el derecho de gracia que pertenece al legislador en cada caso particular.

(*b*) Casos parecidos se encuentran en los §§ 386, 388, 390, 391, 394.

otras (c), y cosa digna de notarse, las excepciones de la segunda especie son más numerosas que las de la primera.— Tambien he hecho observar que las excepciones particulares establecidas por el derecho romano no tienen para nosotros significacion alguna práctica en el país en que el derecho romano se introdujera nuevamente como derecho comun (§ 386).

Ahora bien, no debemos admitir semejantes excepciones en las leyes nuevas, sino cuando están allí formalmente expresadas; en efecto, cuando el legislador pretende introducir una excepcion y derogar las reglas, debe expresarla claramente y sin equívocos. Y es de notar que la ley romana que ha servido de base en todos los tiempos á nuestra teoría, expresa de este modo la reserva de las excepciones: «nisi *nominatim* et de præterito tempore... cautum sit» (§ 386, *a*).

En vez de esta precaucion reconocida y prescrita por el mismo derecho romano, un autor moderno intenta reconocer por diferentes signos una retroactividad oculta en las leyes nuevas (*d*). Con este propósito hace intervenir contrastes extraños á la materia, tales como la nulidad y la repulsa de una accion *ipso jure* y *per exceptionem*, etc. En este sistema no sólo se expone uno y es inducido á admitir excepciones imaginarias, sino tambien á confundir, sin darse cuenta, las nociones de regla y de excepcion por la mudanza é incertidumbre de sus límites.

Esta doctrina es especialmente peligrosa cuando se aplica á las legislaciones modernas, donde no podría suponerse un sistema riguroso de expresiones técnicas, como existe en derecho romano; es, pues, violentarlos directamente el someterlos á una interpretacion basada en esta suposicion tácita (*e*).

¡Cosa singular! el derecho romano establece para los casos en que la ley recibe una extension excepcional, una restriccion que puede considerarse como una excepcion á otra

---

(*c*) Por ejemplo, § 391 y 394.

(*d*) Weber, p. 78, 106; 109, 137, sig. Bergmann, *e* 26, 29, expresa ideas más prudentes; sin embargo, § 4 y 5, no está léjos del error de Weber.

(*e*) He hecho una crítica semejante á propósito de los límites locales de las leyes, (§ 374, *c*.).

excepcion. La retroactividad ordenada excepcionalmente no tiene lugar si verificando la relacion de derecho á que podría aplicarse ha sido ya objeto de un juicio ó de una transacion (*judicatum vel transactum*). En ninguna parte aparece esta restriccion como un principio general y permanente; pero está reproducida en tantos textos de derecho romano, que podemos, sin vacilar, considerarla como una regla general del derecho romano (*f*). Hé aquí el verdadero motivo real. La sentencia, como la transaccion, trasforma la relacion de derecho primitivo, de modo que la relacion de derecho á que ha de aplicarse la ley nueva está reemplazada por otra.

No se trata aquí solamente de una sentencia definitiva, sino de una sentencia en primera instancia cuando la ley nueva aparece durante la apelacion de la misma (*g*). En efecto, el primer juez no podía sentenciar más que segun la ley vigente en la época de su sentencia, y el juez de apelacion no puede reformar más que una sentencia errónea ó ilegal en sí.

La transaccion tampoco debe tomarse rigurosamente en el sentido jurídico de la palabra (*transactio*); por esta palabra conviene entender toda transaccion que pone fin al litigio, ya se trate de una concesion voluntaria hecha por una ú otra parte de una condonacion, de una renuncia, de un reconocimiento, ora parcial, ora total, con tal que este acto termine definitivamente el litigio (*h*).

Entre las excepciones que acabamos de enumerar colócase ordinariamente el caso de una interpretacion legislativa auténtica (*i*); de modo que semejante ley tendría un efecto retroactivo sobre las relaciones anteriores de derecho. Nada hay, sin duda, que objetar contra la retroactividad de una ley puramente de interpretacion (*k*), sólo que no debe

---

(*f*) Bergmann, p. 138-146, donde están indicados estos textos.
(*g*) Nov. 115, pr. y C., I.
(*h*) Bergmann, § 25, véase tambien t. V, § 302.
(*i*) V. t. I, § 32.
(*k*) Está confirmada expresamente en la Nov. 143, pr. al fin del texto.

verse en ella un caso excepcional. El punto de la discusion es, pues, más bien teórico que práctico.—Cuando una ley de interpretacion se promulga, su contenido, esto es, el sentido atribuido á la ley interpretada impónese como verdadero y cierto á la conviccion personal del juez, cualquiera que esta sea. Así, pues, cuando juzga conforme á la ley de interpretacion, lo que aplica en realidad es la ley interpretada, cuyo sentido le es revelado por la ley interpretadora, y no hay ninguna retroactividad.

La prueba de que nada excepcional hay aquí es la generalidad de la aplicacion: no establecida solamente para las leyes interpretadoras. Una excepcion indicaría que en ciertos casos las cosas podrían pasar de otra manera, lo cual sería contra naturaleza é invertiría la relacion que existe entre el legislador y el juez.

Podría pensarse que esta discusion tiene un lado práctico en cuánto que á mi parecer no serían aplicables las restricciones ántes mencionadas el juicio y la transaccion; siendo así que son realmente aplicables bajo otro punto de vista. Cuando la ley interpretadora viene á enseñarnos que la sentencia pronunciada ó la transaccion anterior, se apoya sobre una interpretacion falsa, ni la sentencia ni la transaccion pierden pōr esto su eficacia (*l*). Todavia aquí la circunstancia decisiva es la invocada más arriba: que la sentencia y la transaccion han transformado la antigua relacion jurídica.

Esta regla acerca de la retroactividad se aplica, no sólo á la interpretacion de una ley oscura, sino tambien al reconocimiento y á la confirmacion de una ley anterior al derecho consuetudinario cuya existencia ó fuerza obligatoria estuviese puesta en duda; mas no se aplica al restablecimiento de una ley antigua caida en desuso.

Muchos autores distinguen equivocadamente entre la interpretacion verdadera y la interpretacion falsa de una ley fundados en que esta última sólo crea en realidad un dere-

---

(*l*) La sentecia es nula, puesto que ciertamente no contradice á ninguna ley clara. Weber, p. 212, 214. (Si la ley interpretadora fué dada durante el curso de la instancia apelada el juez de apelacion tendrían solamentente algo que reformar). La transacion no puede atacarse ni áun por causa de un error de hecho. L. 65, § I, de cond. indeb. (XII, 1); L. 23, C., de transact. (II, 4). V. t. V, p. 330, 331.

cho nuevo; entónces el juez se colocaría sobre el legislador y desnaturalizaría sus funciones. Trátase únicamente de saber si el legislador ha dado y ha querido dar una ley interpretadora y no si en la opinion del Juez esta ley es ó no conforme á la verdad (*m*).

La retroactividad de las leyes interpretadoras está reconocida por el derecho prusiano, y con razon, como una regla permanente y hecha para todos los tiempos (*n*). Pero relativamente á la introduccion del nuevo Código existe una disposicion puramente transistoria, mandando que para el juicio de las antiguas relaciones de derecho si la ley de entónces era oscura y la jurisprudencia incierta debía seguirse la opinion conforme al contenido del Código ó la que con él guarda más analogía (*o*).

§ CCCXCVIII.—B. *Existencia de los derechos.—Principio fundamental.*

La base de la presente investigacion era la distincion de la regla jurídica en dos clases (§ 384). La primera, que tenía por objeto la adquisicion de los derechos, estaba sometida al principio de la no retroactividad, es decir, al mantenimiento de los derechos adquiridos. La segunda clase de reglas de que vamos á ocuparnos tiene por objeto la existencia de los derechos, y aquí el principio de la no retroactividad no tiene aplicacion.

Las reglas acerca de la existencia de los derechos son desde luego las relativas al contraste entre la existencia ó no existencia de una institucion de derecho; así, las leyes que derogan enteramente una institucion y aquellas que, sin abolirla enteramente, modifican de un modo esencial su naturaleza; versan, por tanto sobre el contraste de dos modos de existencia distintos. Decimos que todas estas leyes no podrían someterse al principio del mantenimiento de los derechos adquiridos (de la no retroactividad); pues enten-

---

(*m*) Sobre la aplicacion al pasado de las leyes interpretadoras en general, véase Weber. p. 54, 61, 194, 208; Bergmann, § 10 12; § 31, 33.

(*n*) Allg. Landrecht, Einleitung. § 15.

(*o*) Publications patent. von 1794, § 9.

didas de este modo las leyes más importantes de esta especie perderían toda su significacion.

Con el fin de evidenciar esta verdad tomaremos tres leyes dictadas en nuestros dias en diferentes países é intentaremos aplicarles el principio de la no retroactividad. Una ley deroga la servidumbre de la gleva, otra los diezmos, sin indemnizacion alguna, como aconteció por ejemplo, en el principio de la revolucion francesa. Una tercera ley declara redimibles los diezmos ántes irredimibles y autoriza al deudor, y aún quizá al acreedor mismo, á transformarlos en una prestacion de naturaleza distinta, pero de igual valor. Apliquemos á estas tres leyes el principio de la no retroactividad y hé aquí el sentido que tendrán. En el porvenir toda constitucion de una servidumbre de la gleva ó de un derecho de diezmo queda prohibida, es nula y de ningun efecto. De igual modo toda constitucion de un derecho de diezmos debe reservar á cada una de las partes la facultad de redencion. Entendidas así estas leyes serán completamente inútiles, pues hace mucho que nadie piensa en constituir servidumbre de la gleva ni derecho de diezmo. El legislador no se ha propuesto ciertamente este resultado y el espíritu de estas leyes está en oposicion directa con el de las leyes concernientes á la adquisicion de los derechos; leyes que no tienen efecto retroactivo, regulan sólo las relaciones de los futuros derechos y mantienen los adquiridos fuera de un exacto número de excepciones que carecen de importancia y desaparecen ante la generalidad del principio.

Acaso se preguntará si esta clase de leyes que extinguen ó trasforman los derechos adquiridos no son por esto mismo injustas y dignas de censura. No pretendo eludir esta cuestion que me propongo tratar especialmente; más para no interrumpir el curso de nuestra investigacion voy desde luego á examinar la intencion y el sentido de las leyes que nos ocupan, reservándome para el fin (§ 400) el discutir su legitimidad.

El sentido y la intencion de las leyes de esta clase puede expresarse por las siguientes fórmulas, que están en oposicion directa con el principio fundamental establecido más arriba (§ 384, 385), para las leyes de la primera clase.

Las leyes nuevas, pertenecientes á esta segunda clase, tienen un efecto retroactivo.

Las leyes nuevas que pertenecen á esta clase no deben mantener los derechos adquiridos.

Hé aquí una consideracion á propósito para confirmar bajo otro punto de vista el sentido é intencion que atribuyo á estas leyes. La mayor parte y las más importantes de estas reglas tienen esa naturaleza positiva rigurosamente obligatoria que hemos descrito en otra ocasion; pues tienen sus raíces fuera del dominio del derecho puro y su fin las pone en contacto con la moral, la política y la economía política (§ 349). Ahora bien, el carácter de estas leyes rigurosamente obligatorias segun lo manifestamos ya al tratar de la colision de las leyes locales, lo constituye una extension de poder y de eficacia mayor que para las otras leyes.

Veamos ahora cuál es la posicion de nuestros autores relativamente á la doctrina expuesta. En ninguna parte se halla la distincion de dos clases de reglas sometidas á principios distintos y completamente opuestos y el principio de la no retroactividad se ofrece como comun á todas. Podría, pues, pensarse que los autores dan á las leyes que nos ocupan el sentido imposible en la práctica ya indicado, esto es, que miran la abolicion de la servidumbre de la gleva como una prohibicion de constituirla en el porvenir. Léjos de eso, colocan estas leyes entre los casos de retroactividad excepcional reservados por el derecho romano (§ 397) y desde luego los aplican á los derechos adquiridos (*a*).

Semejante expediente debe rechazarse, aunque satisfaga la necesidad inmediata. Las excepciones del principio de la no retroactividad tienen una naturaleza accidental, no son en modo alguno indispensables y valdría más que no existiesen. Ahora bien, nada de esto conviene á las leyes que nos ocupan. Cuando se las examina sin prevencion se reconoce que el expediente de estos autores es completamente forzado é impone á estas leyes un sentido que no tienen. En este sistema la ley que deroga la servidumbre de la gleva se colocaría en la misma categoría que la ley de Justiniano relativa á los intereses prohibidos y su contenido completo debería lógicamente reducirse á estos términos: está prohibido constituir para lo futuro servidumbres

(*a*) Weber, p. 51, 52, 188, 189; Bergmann, p. 156, 177, 257.

de la gleva, y además esta prescripcion tiene excepcionalmente un efecto retroactivo, de modo que deroga toda servidumbre de la gleva existente en la actualidad. Aquí llegaría á ser el pensamiento principal una disposicion completamente inútil y en que nadie ha pensado y la única cosa en que el legislador se propuso figuraría sólo como una excepcion y un incidente.

En la mayoría de las leyes de esta especie no se encontrará seguramente nada que indique el pensamiento de un efecto retroactivo.

Añádase á estos motivos otro puramente práctico que debe hacer rechazar absolutamente esta doctrina. Si se tratase realmente en estas leyes de una retroactividad excepcional no debiamos admitirla más que con ciertas restricciones (§ 397, *f*), y así cesaria siempre que la relacion de derecho hubiera sido objeto de una sentencia ó de una transaccion, de este modo se llegaría á este absurdo resultado, á la abolicion de todos los diezmos que jamás hubiesen sido puestos en duda y al mantenimiento de todos los que hubiesen dado lugar á un proceso ó á una transaccion. —En realidad nuestros autores no admiten este resultado absurdo y declaran la abolicion general (*b*), mas para llegar á esto hácese preciso evidentemente que esta restriccion (que es ella misma una excepcion á otra excepcion), sea excluida por una excepcion nueva, es decir, por una excepcion elevada á la tercera potencia.

Véase, pues, cuán poco racional es una doctrina que necesita recurrir á semejantes expedientes.

Completamente característica es otra manera de resolver la dificultad que propone otro autor (*c*). Este no admite en general efecto alguno retroactivo, ni accion alguna del legislador acerca de la colision de las leyes en el tiempo (§ 387, *i*).

Bástale en cuanto á la solucion de nuestra dificultad con enumerar las instituciones que condena, tales como la servidumbre de la gleva y la exencion de los impuestos para la nobleza. Llámalas atrocidades, infamias morales, iniquidades, que no tienen en derecho existencia alguna.

(*b*) Weber, p. 213, 215. Bergmann, p. 259.
(*c*) Struve, p. 150, 152, 274, 276.

Cuando una ley las deroga no tienen necesidad de efecto retroactivo. Más aun; cada uno de los tres poderes del Estado, el legislativo, el judicial, y el ejecutivo tienen facultad para no reconocer estas instituciones y para abolirlas en la práctica. Inútil es refutar semejante teoría: señalaremos sólo una dificultad que presentaría en la práctica, la fijacion y la limitacion de estas atrocidades y de estas infamias: los pareceres de los diversos depositarios de los tres poderes del Estado podrían muy bien no estar conformes y aun podrian existir entre ellos comunistas consecuentes que colocasen la propiedad en el número de las atrocidades y de las infamias.

Si se admite conmigo la existencia de dos clases de reglas de derecho sometidas á principios diametralmente opuestos, es de la mayor importancia determinar rigorosamente los límites de estas dos clases.

Esta demarcacion en multitud de casos, en aquellos, por ejemplo, en que la ley deroga enteramente una institucion no es dudosa en modo alguno. Puede ofrecer duda cuando la ley no deroga una institucion sino solamente la modifica (*d*). Trataré entónces de determinar el contenido y fin de la ley imparcialmente: un signo cierto de demarcacion, y bastante en la mayoría de los casos, es el de comprobar si la ley nueva figura entre esas leyes completamente positivas y rigorosamente obligatorias que tienen sus raíces fuera del dominio del derecho puro. En semejantes casos debemos comprenderla ó incluirla entre las leyes que tratan de la existencia de los derechos, leyes á que no se aplica el principio de no retroactividad.

§ CCCXCIX.—*Existencia de los derechos.—Aplicaciones.—Excepcion.*

Pasando á las aplicaciones del principio fundamental establecido en el § 398; dividiremos las relaciones de derecho en diferentes clases, como hemos hecho con las leyes

---

(*d*) Hemos señalado estas dudas en general, § 384. Encuéntranse casos particulares de este género, § 390, núm. 3, 4, § 593, núm. 6.

relativas á la adquisicion de derechos, pero la clasificacion no será la misma.

I) La primera clase, y tambien la más importante comprende ciertas relaciones de derecho que por su naturaleza se extienden más allá de la vida humana, que están destinadas á una ilimitada duracion, y sólo concluyen accidentalmente en un caso particular. Pueden, en general, designarse estas relaciones como restricciones puestas á la libertad personal ó á la libertad de la propiedad territorial y están á menudo mezcladas con derechos reales y con obligaciones. No diremos todos, pero la mayor parte tienen una existencia histórica en cuanto su orígen pertenece á una época enteramente distinta y á una organizacion política que no existe. Estas relaciones están, pues, definitivamente estacionadas y á diferencia de las demás relaciones de derecho, no se pueden crear arbitrariamente otras nuevas *(a)*. Las leyes que derogan ó modifican estas instituciones, todas son positivas y rigurosamente obligatorias, porque tienen sus raíces fuera del dominio del derecho puro (§ 398).

Entre estas relaciones, citaremos en derecho romano la esclavitud desconocida durante largo tiempo en la Europa actual.

Las instituciones que siguen pertenecientes á esta clase, unas existen todavía, las otras se han conservado hasta nuestros dias y son:

La servidumbre de la gleva;

Las cargas reales de toda especie consistentes en dinero, en frutos, en servicios, en trabajo corporal, especialmente el derecho de diezmo;

Los feudos.

Los fideicomisos de familia.

Las servidumbres prediales.

La enfiteusis *(b)*.

Sobre estas diversas materias la relacion entre las leyes

(a) Véase más arriba, §. 392, *e*.
(b) Estas dos últimas instituciones no tienen como las precedentes un carácter histórico que nos recuerde un órden de cosas abolidas: para las leyes que las traforman son por sus motivos y por su fin del mismo género que las leyes sobre los diezmos y los tributos.

antiguas y las nuevas puede difícilmente ser objeto de una duda.

II) La segunda clase comprende algunas instituciones de derecho relativas á las relaciones de los dos sexos. Las leyes relativas á estas instituciones forman parte de nuestro asunto porque no descansan en motivos de derecho puro, sino en motivos morales y en parte religiosos. Los diferentes casos que pertenecen á esta categoría son:

I) El divorcio. Cuando una ley nueva autoriza ó prohibe el divorcio en general ó modifica las causas porque puede ser pedido, ¿cuál es la influencia de esta ley sobre los matrimonios existentes?

Considerada bajo el punto de vista puramente jurídico esta ley tiene la misma naturaleza que una ley sobre la enajenacion de la propiedad. El divorcio quita á cada uno de los cónyuges los derechos que resultan del matrimonio, pero liberta á cada uno de ellos de sus obligaciones de uno para con otro, y les dá las ventajas del celibato y la facultad de contraer nuevo matrimonio. Segun esto, podría creerse que acontece con las leyes sobre el divorcio como con las leyes sobre el derecho de los bienes (§ 396). En consecuencia los esposos habrían adquirido irrevocablemente el derecho de hacer juzgar su divorcio futuro por la ley vigente en la época de la celebracion de su matrimonio.

Sin embargo, esta asimilacion no debe ser admitida, porque las leyes sobre el divorcio tienen un motivo y un fin moral; una naturaleza rigorosamente obligatoria, por tanto, y forman parte de las leyes acerca de la existencia del matrimonio (c). Esto es igualmente verdadero ya sea que la ley nueva haga el divorcio más difícil ó ya lo haga más fácil.

En el primer caso, su motivo dominante es mantener la pureza y la santidad del matrimonio; en el segundo, dar

(c) Si se pregunta por qué atribuimos exclusivamente este carácter al divorcio y por qué lo rehusamos á las otras partes del derecho puramente personal del matrimonio, tales, como los derechos y los deberes respectivos de los esposos, hé aquí la razon: el legislador y el juez no tienen sobre estas partes del derecho más que una influencia muy escasa, puesto que una decision sobre la existencia ó no existencia del matrimonio (del divorcio) es muy susceptible de ejecucion.

mayor amplitud á la libertad individual (*d*): estos son siempre principios morales cuyo valor respectivo no tenemos que apreciar aquí, puesto que sólo nos ocupamos de determinar la naturaleza de las leyes de esta especie.

La doctrina que acabamos de establecer ha sido reconocida en Prusia por la legislacion transitoria, excepto una ligera modificacion. Cuando en 1814 y en 1816 se introdujo ó restableció en muchas provincias el Código prusiano (*e*) se ordenó que para los matrimonios existentes el divorcio sería ya juzgado con arreglo al Código, es decir, sin tener en consideracion la ley vigente en la época de celebrarse el matrimonio: únicamente se añadió esta excepcion muy moderada y muy justa, á saber: que un hecho admitido por el Código como motivo de divorcio no podria invocarse si había ocurrido bajo el imperio de la ley extranjera, y esta ley no lo admitía como tal motivo de divorcio.

Las leyes sobre las demandas de nulidad de matrimonío tienen absolutamente la misma naturaleza que las leyes sobre el divorcio.

II) Liberalidades entre esposos. Frecuentemente las leyes nuevas, aun las de nuestros dias, han puesto restricciones á estas liberalidades. En derecho romano encontramos como institucion muy antigua y desarrollada la prohibicion de las donaciones entre esposos (*f*).

Podría creerse que semejante ley pertenece exclusivamente al derecho de los bienes y entónces no debía atenderse más que á la época de la celebracion del matrimonio. Pero en realidad semejante ley tiene una naturaleza rigorosamente obligatoria, y por consiguiente, se aplica desde luego á los matrimonios ya contraidos. En efecto, su fin es

---

(*d*) Aquí no se trata de una libertad puramente arbitraria, de una negacion de toda coaccion que no tuviera ningun carácter de moralidad, trátase sólo de proteger la libertad moral de los esposos contra todo obstáculo exterior que atacase á esta libertad, y por lo mismo á la pureza del matrimonio. Tal es la idea primitiva de los romanos, idea que se formó en un tiempo en que la antigua Roma tuvo las costumbres más puras. L. 134, pr., de V. O. (XLV, 1); L. 14, C., de nupt. (V, 4); L. 2, C., de inut. stip. (VIII, 39).

(*e*) Provincias más allá del Elba, § II; Prusia occidental, § II; Posen, § II; Saxe, § II, (V. § 383).

(*f*) V. t. III, § 162, 164.

sustraer la pureza del matrimonio á la influencia de los cálculos interesados. No debe pues admitirse que los esposos hayan adquirido irrevocablemente el derecho de hacer juzgar sus liberalidades recíprocas por la ley vigente en la época de la celebracion de su matrimonio.

Ya he presentado las mismas consideraciones tratando de la colision de las leyes locales (§ 379, núm. 4).

III) Hijos naturales. Los derechos que la cohabitacion fuera del matrimonio atribuye ya á la madre, ya al hijo contra el padre, son una de las materias más difíciles y más controvertidas, no solo del derecho privado, sino tambien de la legislacion política.

Puede tomarse como punto de partida un delito cometido por el padre, lo que para nuestro derecho comun estaría justificado por las leyes del imperio (*g*) ó bien todavía el parentesco natural á pesar de la incertidumbre del hecho de la paternidad (*h*).

En ambos casos podría pretenderse que el hecho de la cohabitacion tomado como signo de la paternidad constituye un derecho inmutable que una ley posterior no podría modificar para restringir los derechos del hijo y de la madre. Entónces la ley nueva se aplicaría sólo á los hijos naturales por nacer.

Pero en realidad las leyes de esta especie tienen siempre una naturaleza rigurosamente obligatoria, porque se refieren á un fin moral. Es indudable, y todo el mundo tendrá que convenir en ello, que es de desear en interés de la moral y del Estado que todos los hijos sean legítimos, y que la existencia de los hijos naturales es un mal digno de ser sentido. Puédese querer dulcificar su suerte y combatir la falta de conducta de los hombres dando extension á los de-

---

(*g*) Reichspolizeiordnung. 1530, tít. 33; 1548, tít. 25; 1577, tít. 26. Tal es tambien la declaracion de A. L. R., 1ª 3, § 36, 37, (en el § 37 debe leerse 10 en lugar de 11, que es un error de imprenta). Pero cuando se trata de fundar sobre este delito una accion de daños y perjuicios extravíanse en las hipótesis más aventuradas y singulares.

(*h*) La presuncion: *pater est, quem nuptiæ demonstrant,* descansa en la dignidad y santidad del matrimonio. El hecho de la cohabitacion extra-matrimonial confesado ó probado, no tiene el más mínimo parecido con este principio, porque al lado del hecho de la cohabitacion el concurso posible de otros hombres, lo hace todo incierto, y mucho más lo hace todavía este concurso cuando está justificado (*exceptio plurium*).

rechos de los hijos; puédese, por el contrario, por medio de la restriccion ó anulacion de estos derechos, reprimir la ligereza de las mujeres y proteger la tranquilidad de los matrimonios contra las pretensiones de las mujeres extrañas. Sea cualquiera la medida adoptada por la ley nueva, la moralidad del fin es incontestable, sin que haya necesidad de discutir cual de estos dos sistemas es preferible en sí, y cual se halla más justificado por la experiencia. Admitidos estos principios, la ley nueva sobre los hijos naturales debe recibir una aplicacion inmediata sin atender á la ley vigente en la época en que el hijo nació ó fue concebido.—Ya he sentado esta regla en lo que concierne á las colisiones locales (§ 374, notas *aa*, *bb*).

La ley francesa que prohibe hasta la investigacion de la paternidad *(i)* y que por consecuencia, excepto el caso de reconocimiento voluntario, deniega toda accion al hijo natural contra el padre, está conforme con nuestros principios. Háse criticado injustamente esta ley como inficionada de retroactividad *(k)* y ha sido defendida torpemente como relativa al estado de la persona en sí *(l)*. Su verdadera justificacion está en su naturaleza rigorosamente obligatoria.

En el mismo sentido, solo que en otros términos que la ley francesa, una ley transitoria prusiana permite á los hijos naturales nacidos bajo el imperio de la ley extranjera hacer valer inmediatamente los derechos que le concede el Código prusiano *(m)*.

III) Por último, una tercer clase comprende un gran número de leyes sobre instituciones puramente jurídicas que estas leyes derogan por completo ó modifican de una manera esencial.

Desde luego estas leyes deben aplicarse inmediatamente á las relaciones de derecho ya constituidas.

Tal es la ley de Justiniano que deroga la ley de propiedad (*ex jure quiritium* et *in bonis*), y le sustituye por una pro-

---

(i) Gódigo civil. art. 340: «La investigacion de la paternidad está prohibida.»
(k) Struve, p. 233.
(l) Weber, p. 79, 82. Este punto de vista es tambien el de los autores franceses.
(m) Provincias más allá del Elba, § 11; Prusia occidental, § 14; Posen, § 14. (V. § 383).

piedad única que reune todos los derechos separados hasta entónces (*n*).—Tal es, aún, la ley francesa que niega al propietario de una cosa mueble la reivindicacion cuando en un país viene á sustituir el derecho francés al romano. Este cambio debería aplicarse inmediatamente á la propiedad mueble, como tambien el cambio inverso en el derecho de propiedad.

Tambien citaremos las leyes nuevas que establecen servidumbres legales como restricciones naturales á la propiedad ó que derogan servidumbres del mísmo género (§ 390, núm. 2).

La sustitucion del derecho hipotecario prusiano al derecho romano de prenda tiene la misma naturaleza. Estos dos sistemas no pueden subsistir juntos y es necesario que el uno ceda su puesto al otro (§ 390, núm. 3). Ahora diremos (§ 400) como conviene hacer para efectuar este cambio sin violar derecho alguno.

Por último, mencionaré el caso en que la sucesion testamentaria reconocida hasta entónces en un país es abolida por una ley nueva (§ 393, núm. 6).

El principio fundamental que rige estas tres clases de leyes nuevas puede experimentar dos excepciones, como el que rige á las leyes relativas á la adquisicion de los derechos (§ 397). Sólo que estas excepciones no podrían extender la eficacia de la ley nueva, porque el principio mismo le da toda la amplitud posible; pero pueden en cambio restringirla para respetar ciertos derechos.

Ya he citado (§ 399, II, I) un ejemplo de esta especie, tomado de una ley transitoria prusiana.

La prusiana sobre el divorcio ha debido aplicarse inmediatamente excepto á ciertos hechos cuya naturaleza basta para motivar el divorcio.

Una excepcion semejante se halla en la ley del reino de Westpfalia, que abolió los feudos y las sustituciones, es decir, los trasformó en propiedades libres. Esta ley debía naturalmente, no sólo prohibir la creacion de nuevos feudos y nuevas sustituciones, sino ser extensiva tambien á los feu-

(*n*) L. un. C., de nudo j. Quir. toll. (VII, 25). Desde luego no puede tratarse más del *fundus italicus* ni de los *res mancipi*. L. un C., de usuc. transform. (VII, 31).

dos y sustituciones actuales. Hízolo así con la atenuacion de que el caso próximo de sucesion sería regido por el antiguo derecho (*o*).

§ CCCC.—*Existencia de los derechos.—Justificacion de las leyes sobre esta materia.*

Vuelvo á la cuestion planteada más arriba referente á la legitimidad de las leyes que nos ocupan.

Hemos visto que estas leyes, á lo ménos en la mayoría de los casos y los más importantes, deben necesariamente afectar á los derechos adquiridos, pues borran ó modifican esencialmente las mismas instituciones de derecho, es decir (*a*), que rigen estas instituciones sin atender á la voluntad de los titulares.

Sin dejar de admitir este hecho puede pretenderse que por esto mismo las leyes de esta especie son inadmisibles y condenables como violaciones de derecho. Los que hagan esta objecion evidentemente han de suponer que todo ataque contra un derecho adquirido sin el consentimiento del titular es bajo el punto de vista jurídico radicalmente imposible y esta imposibilidad les aparece como un principio superior y absoluto. Tal suposicion es precisamente la que no puedo admitir por las siguientes razones.

Desde luego, es incompatible con la naturaleza general y con el orígen del derecho. El derecho tiene sus raíces en las condiciones comunes del pueblo, las cules, por una parte difieren esencialmente de las convicciones variables accidentales y pasajeras del indivíduo, por otra parte se hallan sometidas á la ley de un desarrollo progresivo y no podemos representárnosla en un estado de fijeza é inmovilidad (*b*). No podriamos reconocer en un siglo el poder de imponer irrevocablemente sus propias condiciones á todos

---

(*o*) Más tarde la ley prusiana del 11 de Marzo de 1818, refiriéndose á esta excepcion, declaró abolidos para siempre los feudos y feideco-misos, respecto á los que no se había presentado áun el caso más próximo de sucesion que había sido reservado. Gesetzsammlung, 1818, p. 17.

(*a*) V. t. I, § 4, 5, la definicion que doy de las relaciones de derecho y de las instituciones de derecho.

(*b*) V. t. I, § 7.

los tiempos futuros. Algunos ejemplos pondrán de manifiesto este principio con toda claridad.

La esclavitud fué considerada en toda la antigüedad como una especie de necesidad natural y no se admitía la posibilidad de que un pueblo civilizado subsistiese sin esclavos. A los ojos de Europa cristiana la esclavitud es absolutamente imposible y contraria á todas las ideas de derecho (c). Entre estos dos extremos la accion contínua de las costumbres y las ideas cristianas ha sido tan lenta é insensible que no se podría determinar con certeza la época en que terminó el antiguo estado de cosas. Supongamos ahora, por el contrario, que este cambio se haya operado rápidamente á consecuencia de una impulsion violenta y súbita comunicada á los espíritus, no podría negarse en semejante época el derecho de sancionar la general conviccion y abolir para lo futuro la esclavitud como institucion de derecho. Por lo demás, muchos medios pueden imaginarse para suavizar la transicion y efectuarla sin peligros.

El derecho de diezmo nos suministra otro ejemplo del mismo género. En los tiempos en que el cultivo del suelo estaba poco desenvuelto y estacionario el diezmo podía ser una institucion conveniente, sencilla, natural y muy extendida. Cuando la actividad industrial hubo progresado, debieron convencerse de que este impuesto que recaía sobre la renta bruta ponía trabas á toda mejora de la agricultura y era con frecuencia de imposible ejecucion.

Los deudores sufrían este estado de cosas y con ellos el Estado entero; pero los acreedores podrían oponerse á la modificacion de un impuesto que era cómodo para ellos. Cuando estuvieron generalmente convencidos de las desventajas del diezmo no redimible, la legislacion lo declaró

(c) Muchos autores han intentado oscurecer y desvirtuar este contraste comparando las penas severas, tales como la reclusion y los trabajos forzados á que están sometidos los hombres libres en los tiempos modernos, con la suerte á menudo dulce y dichosa de los esclavos de la antigüedad. Pero esta comparacion altera la verdadera relacion de las cosas. Para comprender fácilmente este contraste, no debe perderse de vista el orígen de la esclavitud por el nacimiento; en segundo lugar, la asimilacion en derecho de esclavos considerados como mercancía con los animales domésticos. (Ulpiano, XIX, 1). No nos ocupamos aquí de las diferencias que presenta el estado actual de los esclavos en Oriente y en América.

redimible, procurando de este modo al Estado y á los deudores un beneficio patente, sin inferir por eso perjuicio alguno al acreedor, á quien se indemnizaba completamente.

El primer motivo que acabamos de desarrollar para justificar las leyes que, aboliendo ó trasformando las instituciones, afectan á los derechos adquiridos, estaba tomado del orígen del derecho, es decir, que descansaba en el concepto del pueblo, cuyas convicciones forman la raíz del derecho mismo.

Un segundo motivo, que daba el mismo resultado, procedía de los indivíduos considerados como titulares de derechos adquiridos. Los que sostienen la inviolabilidad absoluta de éstos, condenan sólo la coaccion hecha á los titulares por las leyes nuevas; admitían la legitimidad de la innovacion, si los titulares consentían en la abolicion ó modificacion de sus derechos. Examinemos ahora más de cerca la naturaleza de estos poseedores de derechos adquiridos. El derecho adquirido nos aparece como una extension dada al poder de un indivíduo y tiene siempre un carácter más ó ménos accidental (*d*). Ahora bien, el indivíduo sólo tiene una existencia limitada y pasajera. Si, entre tan to, se critican las leyes que, aboliendo ó modificando las instituciones, lastiman los derechos adquiridos, esta crítica al ménos, vista la naturaleza del titular, debe, bajo un doble punto de vista, encerrarse en extrechos límites.

La legitimidad de la accion de la ley nueva puede, cuando más, ponerse en duda mientras vive el titular del derecho adquirido. Si deja herederos, éstos no tenían al promulgarse la nueva ley ningun derecho adquirido susceptible de ser violado. En otros términos, todo derecho de sucesion es puramente positivo, y cuando una nueva ley los somete á condiciones y restricciones, esto jamás puede constituir una violacion de derechos adquiridos. Apliquemos este principio al caso citado ántes como ejemplo. Si la ley nueva que quería abolir la esclavitud hubiese ordenado que en el porvenir ningun heredero adquiriría por este título la propiedad de los esclavos, ciertamente no hubiera violado ningun derecho adquirido.

(*d*) V. t. I, § 4, 52, 53.

Esta consideracion descansaba sobre el fin próximo de toda vida humana: si nos remontamos á su principio llegaremos al mismo resultado. Todo hombre debe reconocer el estado de derecho que encuentra establecido en el momento de su nacimiento. Si, pues, con anterioridad á esta fecha, una ley nueva ha abolido ó modificado una institucion, para él, al ménos, esta ley no ha podido violar un derecho adquirido (*e*).

Sin embargo, estos motivos sólo valen para rechazar la ilegitimidad absoluta de las leyes que nos ocupan, á las cuales distamos mucho de querer conceder una accion ilimitada y arbitraria. Más bien debemos sacar toda esta cuestion del dominio del derecho absoluto para colocarla en el dominio de la legislacion política donde tiene su verdadero local; y aquí, para prevenir deplorables errores, encarecemos la necesidad de proceder con prudencia, talento y moderacion. Hé aquí, poco más ó ménos, la marcha que ha de seguirse en semejantes casos.

Desde luego, el legislador debe usar de una gran reserva, no admitir ligeramente la necesidad de leyes semejantes y desconfiar tambien de esos motivos fundados en puras teorías y una pretendida opinion pública que reclama una innovacion para el bien del Estado.

Débese despues en la ejecucion guardar muchos miramientos para no violar la equidad. En lo que toca á las leyes más importantes de esta clase que tratan de las relaciones de derecho destinadas á durar siempre (§ 399, I), será atendida la equidad si en vez de abolirse una institucion se la modifica, ó si las relaciones de derecho cesan sólo de ser indisolubles. La ley habrá cumplido su fin si los titulares de los derechos reciben por estos medios una indemnizacion verdadera y completa, lo cual no es difícil en los casos tan numerosos de cargas reales de toda especie, donde no hay ordinariamente más que dos personas interesadas. La política y la economía política quedarán plenamente satisfechas si la liquidacion de estos derechos se opera por vía de indemnizacion, sin enriquecer á una de

---

(*e*) Meyer, p. 34, 35, v. § 395, *b*. Así, pues, una ley que abole feudos ó las sustituciones no afecta ciertamente á los derechos de los que han de nacer más tarde.

las partes á expensas de la otra, lo cual nunca está justificado por la naturaleza de semejantes leyes.

En nuestros dias Inglaterra nos ha dado un gran ejemplo de equidad cuando al emancipar á los esclavos ha indemnizado á expensas del Estado á los propietarios de esclavos de las pérdidas que experimentaban.

Este fin es muy difícil de alcanzar cuando se trata de abolir los feudos y fideicomisos; pues las pretensiones y las espectativas de los llamados á suceder son por extremo inciertas. Puede intentarse disminuir el perjuicio difiriendo para un tiempo la ejecucion de la ley (§ 399, *o*).

En muchos casos no es necesaria la indemnizacion; basta facilitar el tránsito para evitar todo perjuicio posible. Esto es lo que se ha hecho en los numerosos casos en que el régimen hipotecario prusiano ha reemplazado el derecho de prenda establecido por el derecho romano. Tratábase únicamente de conservar á los antiguos acreedores provistos de una prenda sus derechos y su prioridad. A este efecto, se les ha notificado citándoles públicamente para que se dieran á conocer en un cierto plazo é hiciesen inscribir sus créditos en los nuevos registros de hipotecas, con el puesto que les concedía el antiguo derecho.

Cuando Justiniano abolió la doble propiedad (§ 399, *n*), no hubo necesidad de semejante medida y ménos aún de indemnizacion. En efecto, este cambio á nadie quitaba derechos ni ventajas y el fin que el legislador se proponía, segun su propia declaracion, quedó cumplido cuando la juventud estudiosa se vió libre del espanto que le producía la erudicion inútil exigida hasta entónces en esta materia.

APENDICES

APÉNDICE XVIII.

RESTITUCION DE LOS MENORES SOMETIDOS BAJO EL PODER PATERNO.

L. 3, § 4, de minor. (IV, 4).
L. 2, C. de filiofam. minore (II, 23).

(§ CCCXXIII, nota *q*).

Con respecto á la restitucion de los menores colocados bajo el poder paterno, los autores admiten como reglas ciertas las proposiciones siguientes:

El menor obtiene esta restitucion entre sus propios actos como si no estuviera sometido al poder del padre, con tal (y esta condicion se aplica á todas las restituciones) que tenga un interés: el padre no debe sacar ninguna ventaja de esta restitucion y por consiguiente no puede invocarla por sí.

En efecto, el texto principal relativo á esta cuestion establece estas proposiciones como reglas de una manera clara y sencilla para que puedan surgir dudas (*a*). Sólo los autores se ponen de acuerdo para limitar las proposiciones por una excepcion, excepcion cuyo mérito paso á discutir. Segun ellos el menor no tiene derecho á la restitucion sino cuando el acto perjudicial es un préstamo de dinero recibido por órden del padre (*b*).

Examinemos desde luego esta excepcion en sus relaciones naturales con la restitucion en general, es decir, tomando como única base de la discusion los principios de la materia y sin ocuparnos todavía del testimonio de los textos.

(*a*) L. 3, § 4, de min. (IV, 4.)
(*b*) Burchardi, p. 239-248. Citaré despues otros autores.

Podría creerse que la dignidad de la potestad patria se comprometía si la restitucion pronunciada venía á declarar perjudicial un acto ordenado por el padre. Pero Ulpiano no admite de ningun modo este órden de ideas, pues que á propósito de otros actos jurídicos concede al hijo la restitucion, áun cuando el acto haya sido ordenado por el padre (*c*).

Podría suponerse todavía que el hijo obrando sólo puede experimentar un ligero perjuicio, en tanto que la intervencion del padre previene semejante peligro (*d*). Cabe admitir sin inconveniente este resultado para la mayor parte de los casos, y desde que el acto no causa ningun perjuicio, al ménos ningun perjuicio que sea preciso atribuir á la falta de reflexion, la restitucion no sería admitida vista la ausencia de una de sus condiciones esenciales (§ 320, nota *b*). Pero puede suceder de otro modo: el padre puede ser tan irreflexivo como el hijo, ser engañado por este último, y, finalmente, por consideraciones egoistas ordenar maliciosamente el acto perjudicial. No se comprende porque precisamente para un préstamo de dinero la órden del padre tendría una eficacia absoluta, en tanto que para cualquier otro acto jurídico se examinaría si las circunstancias particulares debían aconsejar se admitiese ó rechazase la restitucion.

Los antiguos autores hubieron de recurrir en sus dificultades á las razones más aventuradas para explicar esta excepcion relativa al préstamo (*e*). Así se ha dicho: el *Sc. Macedonianum* dado á propósito del préstamo de dinero es algunas veces muy riguroso, y la excepcion que nos ocupa procure al ménos al acreedor su pequeño beneficio con respecto á dicho rigor: además los acreedores de los menores son, en general, poco dignos de estimacion. Si existe uno bastante honrado para no querer prestar sin el consentimiento del padre, esta lealtad poco comun merece ser recompensada por una excepcion especial á las reglas generales del derecho; en apoyo de esta última consideracion se cita un texto de la santa escritura (*f*).

(*c*) L. 3, § 4; cit.: «Proinde si jussu patris obligatus sit.... flllius..... auxilium impetrare debebit si ipse conveniatur.» No sucede lo mismo cuando un padre despues de haber emancipado á su hijo impúbero, le da como tutor su *auctoritas* para un negotio; L. 29, pr., de min. (IV, 4.)

(*d*) Tal es el punto de vista adoptado por Puchta, § 103, nota *i*. Dice en sus *Vorlensugen*, p. 213 que no hay aquí excepcion propiamente dicha, sino que en un caso semejante no se admite más que cuando no hay ningun daño resultado de una impresion.

(*e*) Azo in L. 2, C, de fil. fam. min. Glossa in L. 3, § 4. D. de min.; Cuyas in L. 3, § 4, D. de min, Opp. t, I, p. 989.

(*f*) Evangelio segun S. Lúcas, e. XV, v. 7. «Os digo que habrá más alegría en el cielo por un solo pecador que haga penitencia que para noventa y nueve justos que no tengan necesidad de ella.»

Para recurrir á argumentos tan débiles y tan singulares es encesario no tener esperanza alguna de escapar de otro modo de las decisiones precisas de las fuentes. Así, pues, la excepcion que se pretende existe para el préstamo de dinero, pero debe ser absolutamente rechazada se gun los principios generales. Véamos ahora si resulta de la interpretacion de los textos.

El más importante está tomado de Ulpiano, lib. XI ad Ed. Voy á trascribirlo íntegro.

L. 3, § 4, de minor (IV,4).

Sed utrum solis patribus familiarum, an etiam filiisfamiliarum succurri debeat, videndum. Movet dubitationem, quod, si quis dixerit etiam filios familiarum ni re peculari subveniandum efficiet, super eos etiam majoribus subveniatur id est patribus eorum. Quod nequaquam fuit Prætori propositum; Prætor enim minoribus auxilium promisit, non majoribus. Ego autem verisimam arbitra sen tentiam existimantium, filiumfamilias minorem annis íntegrum restitui posse his solís causis, quæ ipsius intersint, puta si sit obligatus. Proinde si jussu patris obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri, filius autem, cum ipse poset vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus, in id quod facere potest, et quidam in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri, auxilium impetrare debebit, ipse conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut solent interdum fideijusori ejus prodesse videamus, et non puto profuturum. *Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium; si patrem conveniat creditor*, auxilium *cessat, excepta mutui datione; in hac* (*g*) *enim, si filius jusus* (*h*) *patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur.* Proinde et *(i)* si sine jussu patris contraxit et captus si quiden pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus: si filius conveniatur, poterit restitui.

Todo depende aquí de la interpretacion del pasaje impreso en letra cursiva. Expresa una excepcion á una regla y se pregunta ¿en qué consiste la excepcion? ¿A que regla se refiere?

La excepcion parece expresada en estas palabras: *non adjuvatur*; la regla no se concibe que deba resultar sino de un *adjuvatur* ó de un equivalente. Pero como en la proposicion que precede inmediatamente se lee *auxilium cesat,* lo cual es sinónimo de *non adjuvatur* no parece referirse á la excepcion. De otra parte en una proposicion más lejana relativa al hijo se lee: *postulet auxi-*

(*g*) Todas las ediciones antiguas dicen *hac,* produciendo una construccion mejor que la del manuscrito de Florencia: *hanc.*

(*h*) Esta lectura de la Vulgata es evidentemente preferible á la del manuscrito de Florencia, en donde se omite la palabra *filius.*

(*i*) Se verá segun las explicaciones que voy á dar que el sentido resulta más claro admitiendo aquí la palabra *et* (nota *n.*)

lium contrasta bien el *non adjuvatur*, que expresa así la excepcion á la regla: *postulet auxilium.*

Guiados sin duda por otras consideraciones, todos los que hasta aquí han interpretado nuestro texto adoptan una ú otra de las explicaciones siguientes, que ambas se prestan á graves objeciones ó bien poniendo al lado los principios generales que hé desenvuelto ántes y que contradicen su explicacion, justifican la contradiccion por los motivos aventurados de que acabo de dar cuenta, ó bien en lugar de referir la excepcion á la proposicion que precede inmediatamente se remotan á la que se refiere al hijo; pero de esta explicacion como de otras puede decirse que violentan el texto. Ahora bien si se presentara una interpretacion que no se prestase á ninguna de estas objeciones sería evidentemente preferible; tal es la que voy á procurar dar.

He aquí mi punto de partida: Ulpiano nos dice expresamente que el préstamo de dinero da aquí lugar á una excepcion única y que así se considera de un modo diferente á cualquiera otro del hijo. Si se pregunta ahora cuál es el motivo de esta disposicion excepcional para el préstamo dicho, no podriamos presentar otra que la *exceptio del Sc. Macedoniani* (*k*), la cual, como sabemos, puede ser invocada lo mismo por el padre que por el hijo contra toda accion fundada en un préstamo de dinero, excepcion especialmente limitada á este préstamo por oposicion á todos los demás actos jurídicos y aun al préstamo de cosas que no sean dinero. Si se admiten estas premisas, la excepcion debe necesariamente expresar una afirmacion (un *adjuvatur*) y no una negacion (un *non adjuvatur*).

Veamos, pues, cómo se llega á esta consecuencia considerada como necesaria. Basta para esto con una concesion muy modesta pues que se reduce á suprimir un *non*. La proposicion completa se concebiría entónces así.

Si patrem conveniat creditor auxilium cessat, excepta mutui datione; in hac enim, si filius non jussu patris mutuam pecuniam accepit adjuvatur (*l*).

(*k*) L. 7, § 10, L. 9, § 3, de Sc. Mac. (XIV, 6); L. 6, pr., C. eod, (IV, 48).

(*l*) Es decir: *pater* adjuvatus; porque *pater* es siempre el sujeto de la proposicion principal que comienza por estas palabras: *si patrem* conveniat. Es claro que la regla y la excepcion no se entienden unicamente de la restitucion, sino de todas las vías legales abiertas al demandado. En principio el padre no está protegido; se viene en su auxilio en el caso de un préstamo de dinero, no por vía de restitucion, sino por medio de la excepcion de Macedoniani.

Si esta concesion tan sencilla como es, pareciera atrevida, se podía llegar al mismo fin por medio de una simple interpretacion. A las palabras: si filius jussu patris accepit, bastaría añadir un *sólo* sobrentendido (un *non nisi*) y se tendría entónces el sentido siguiente. Porque cuando se trata de este acto (el prestamo de dinero), la excepcion protectora (la que resulta del Senado consulto), es *sólo* rehusada al padre *non adjuvatur* cuando el empréstito ha sido hecho por su órden (*m*); fuera de este caso hay una excepcion que consiste en la derogacion de la regla; *auxilium cessat.*

Esta interpretacion da el mismo resultado que la concesion propuesta, reduciéndose todo á esta sencilla proposicion: en general se viene en socorro del padre acusado por los actos de su hijo, á ménos que no se trate de un préstamo de dinero, porque contra esta accion el padre tiene la excepcion del Senado-consulto, con tal, sin embargo, de que el hijo no haya tomado prestado por su órden. Se puede todavía considerar bajo otro punto de vista y expresarla en estos términos: en el caso de un préstamo de dinero el padre tiene contra la *actio peculio* la *exceptio Sc. Macedoniani:* no la tiene contra la *actio quod jussu.* En ningun caso puede invocar la restitucion.

La prueba de que esta interpretacion es realmente conforme al pensamiento de Ulpiano, resulta del pasaje que sigue inmediatamente, en que Ulpiano examina bajo otra faz el caso que nos ocupa y le sigue en su desenvolvimiento. Se trata de un préstamo de dinero hecho sin órden del padre: contra la accion resultante de este préstamo el padre tiene la *exceptio Sc. Macedoniani,* he aquí lo que dice la parte del texto explicada hasta aquí. Pero respecto al hijo ¿qué se decide? Lo que sigue no lo demostrará:

Proinde si (*n*) sine jussu patris (o) contraxit et captus est siquidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus; si filius conveniatur, poterit restitui.

Estas dos decisiones no están al abrigo de toda objecion. Si el padre es acusado, el hijo no puede ser restituido; esto se explica por el hecho de que el hijo no se presente como parte; pero si el padre no quiere usar de la excepcion, ó segun las circunstancias particulares del caso no la puede aprovechar (*p*), el padre entón-

---

(*m*) Se dēbe tambien sobreentender uno *solo* en la L. 57, mandati (XVII. 1), V. § 329, nota *n*,

(*n*) Borro el *et* delante de *si* (nota *i*), porque aquí se trata de un principio nuevo y no de una aplicacion del principio que precede.

(*o*) Estas palabras son la reproduccion evidente de las que preceden: si non jussu patris mutuam pecuniam accepit, segun la correccion que propongo, y ellas vienen tambien en auxilio de la misma.

(*p*) Si el acreedor ignoraba que el deudor estuviese bajo la patria potestad; L. 3, pr.; L. 19, de Sc. Maced. (XIV, 6).

cos pagará con el dinero del peculio y la pérdida no será soportada ménos por el hijo. A esto Ulpiano responde que el interes del hijo es aquí simplemente un hecho y no un derecho, que el padre tiene la propiedad del peculio y puede disponer de él como juzgue conveniente (*q*).

He aquí ahora lo que se puede objetar contra la segunda decision. El hijo acusado por el acreedor tiene derecho á la restitucion, pero lo tiene igualmente á la excepcion que resulta del senado-consulto, y como esta vale *ipso jure*, la restitucion parece inútil y desde entónces inadmisible (§ 321, nota *r*). Se contesta que la excepcion puede ser inaplicable á consecuencia del error del acreedor sobre la existencia de la patria potestad (nota *p*), ó al ménos de que esta circunstancia puede ser alegada por el adversario y hacer dudoso el éxito del procedimiento (§ 318, nota *d*). Por estos motivos la restitucion puede ser útil y aún indispensable para proteger al hijo, porque la menor edad obtiene una proteccion al abrigo de semejantes disensiones, y la garantía contra las eventualidades de un proceso es perfectamente de naturaleza á propósito para motivar una demanda de restitucion (p. 118).

El segundo texto que establece, se dice, que el hijo no tiene derecho á la restitucion contra un préstamo de dinero cuando he obrado por órden de su padre, es un rescripto de Gordiano.

L. 1 (al 2) C. fil. fam. minore (11. 23).

«Si pater tuus, cum mutuam pecuniam acciper et, in patris fuit potestate, nec jussu ejus nec contra Senatus-consultum contractum est, propter lubricum ætatis adversus eam cautionem in integrum restitutio non potuit postulare.»

En su instruccion el emperador decide que el deudor menor tiene derecho á la restitucion contra un préstamo de dinero bajo las condiciones siguientes:

1.° Si el empréstito no ha sido hecho por órden de su padre.

2. Si el empréstito no cae bajo la prohibicion del Senado-consulto.

Examino desde luego la segunda condicion que confirma lo que decía hace un instante. Si por convenio de todas las partes el senado-consulto es aplicable, la restitucion se hace inútil y por consiguiente no se decreta: si el senado-consulto es aplicable, porque el acreedor ignoraba la existencia de la patria potestad ó que al ménos fuese esta circunstancia dudosa, entónces podía concederse la restitucion.

La primera condicion parece debe concebirse así: si el padre

(*q*) «Nec eo movemur, quasi intersit filii peculium habere; magis enim patris, quam filii interest.»

no ha ordenado el empréstito, el hijo obtiene la restitucion (esto es lo que dice expresamente el texto); si el padre ha ordenado el empréstito el hijo no obtiene la restitucion (esto es lo que el texto parece decidir indirectamente).

Esta última parte del texto parece confirmar la excepcion que forma el objeto de la investigacion presente y por consiguiente justificar la interpretacion que se le da ordinariamente al texto del Ulpiano. Esto es sin duda la concordancia aparente de estos dos textos independientes el uno del otro, que habría hecho admitir como una verdad incontestable la excepcion en los casos de un empréstito ordenado por el padre.

Es sobre un *argumentum á contrario* en lo que se funda la interpretacion dada al rescripto de Gordiano. Este argumento consiste, cuando una regla está subordinada á una condicion, en sacar una regla contraria del contraste lógico (la simple negacion) de la condicion expresada. Este modo de interpretar, que sabiamente empleado contiene una verdad relativa, no ha sido nunca de una aplicacion más delicada que cuando se trata de los rescriptos insertos en el Código. Porque una condicion expresada en la decision de un rescripto no es de ordinario sino la reproduccion de los hechos expuestos al emperador, lo cual no quiere decir que sin esta condicion la decision dejase de ser verdadera (*r*). Asi en el texto que nos ocupa las dos condiciones que parecen exigidas para la validez de la restitucion pueden entenderse del modo siguiente:

Si es verdad, como se dice, que el padre no ha ordenado el empréstito y que la violacion del senado-consulto no hace inútil la restitucion, ésta debe ser concedida.

La mencion que se hace en la exposicion dirigida al emperador de que no hubo órden dada por el padre y su reproduccion en el rescripto no significan como se cree ordinariamente que la restitucion debería ser rechazada si el empréstito hubiera sido ordenado por el padre, bien que cuando el padre no lo ha ordenado, la restitucion sufre ménos dificultades, porque lo más frecuente es que la existencia de semejante órden indicase que no ha habido lesion y que desde este momento la restitucion no está fundada.

Debo añadir que los rescriptos no tenían por objeto como los escritos de los antiguos jurisconsultos y como las leyes propiamente dichas insertas en el Código, establecer reglas de derecho precisas y rigurosas sino dar instrucciones sobre la naturaleza concreta de los casos llevados ante los tribunales.

El rescripto de Gordiano no es, pues, de ningun modo de natu-

---

(*r*) V. t. I, § 41, al fin del párrafo.

raleza capaz de justificar la pretendida excepcion relativa al préstamo de dinero.

Voy á resumir brevemente los resultados de la presente investigacion. Los menores obtienen la restitucion contra sus actos jurídicos cuando están sometidos á la patria potestad, aun cuando el acto se hubiere verificado con el consentimiento ó por órden del padre.

Pero la mayoría de los autores admiten una excepcion á esta regla para el caso en que se trate del préstamo de dinero. Segun ellos, la órden dada por el padre excluye en absoluto la restitucion del hijo.

Sin embargo, esta excepcion no está de ningun modo justificada por los principios generales del derecho.

Se pretende establecerla fundándose en un texto de Ulpiano y en un rescripto del emperador Gordiano, atribuyendo á estos dos textos un sentido que no puede admitir una sana interpretacion. Así, pues, en absoluto debemos de rechazar dicha excepcion.

APÉNDICE XIX.

L. 57 mandati (XVII,I).
(§ CCCXXIX, nota *n*),

En la ley que procuro explicar cas todo son dudas y dificultades; el texto, el planteamiento de la cuestion por decidir, las personas de las cuales se habla y la decision misma.

He aquí el caso tal como nos aparece á primera vista cuando se le examina sin prevencion. Un comerciante de esclavos (venalicia rius) viaja por una provincia para comprar esclavos. Da órden de vender los que tiene en Roma á una persona que consideraba digna de toda su confianza (certi hominis fides elegit). Poco despues de haber partido este hombre, muere, y sus herederos, ignorantes del mandato y de sus reglas, se imaginan que han sido ins tituidos mandatarios; venden los esclavos, y, como el hecho mismo demuestra, en condiciones desventajosas. Los compradores poseen los esclavos más de un año; y el comerciante, vuelto de su viaje y descontento de la venta quiere ejercitar la *publiciana* contra los compradores, pero teme la *exceptio dominii* resultado de la usucapion y es consultado Papiniano para saber quienes deben triunfar, si los demandantes ó los demandados. El jurisconsulto insertó en su recopilacion la consulta dada en esta cuestion, y de aquí ha pasado despues al Digesto.

Pero precisamente en la respuesta á la cuestion estriba toda la dificultad, porque poseemos dos lecturas que dan dos sentidos de todo punto diferentes: he aquí la primera:

Sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione *non utiliter* actorum.

Esta lectura es la del manuscrito de Florencia y de la Vulgata. Haloander lee *inutiliter*, lo cual da el mismo sentido; pero igno-

ramos si ha encontrado esta palabra en un manuscrito ó si la ha empleado arbitrariamente como más armoniosa. Segun esta primera version, los demandados deben ganar. He aquí ahora la segunda:

Sed venaliciarium Publiciana actione *non inutiliter* acturum.

Se halla en la edicion del Vintimilius: París, 1548, en octavo, segun un manuscrito de Ranconetus; en la edicion de Charondas, Antverp, 1575, in fol. segun un manuscrito del editor. Se lee tambien en Augustino (*a*); «et sunt qui scribunt, *non inutiliter acturum;*» no diciendo sin embargo de donde la ha tomado; pero su libro fué impreso por la primera vez en 1543, es decir, ántes de las ediciones que citan los manuscritos.

Esta lectura está igualmente confirmada por las Basílicas (*b*). Cuyas propone, como congetura *utiliter*, que si da el mismo sentido es á costa de una peor palabra, como demostraré más adelante. Segun esta segunda lectura el demandante debe ganar.

Ambas tienen en su favor la autoridad de los manuscritos, y es sólo en atencion al conjunto del texto como nosotros podemos determinar diferencias y preferir una ú otra.

Cuando se lee el texto superficialmente parece preferible la primera. En efecto, leemos inmediatamente despues: cum exceptio justi dominii *detur*. Así: *datur* exceptio, la excepcion es dada por el pretor, se funda pues realmente, y el demandante debe sucumbir.

Pero despues de un exámen más atento se encuentran razones decisivas para rechazar esta interpretacion.

Desde luego, la partícula adversativa *sed* al principio de la proposicion. En efecto, si la excepcion da ventajas á la causa de los demandados, es á consecuencia directa de la usucapion mencionada ántes que se pudiese constituir el contraste que evidentemente expresa el *sed*. A la verdad Haloander lee *et* en lugar de *sed*, lo cual destruye la objecion. Pero esta lectura es de tal modo aislada, que estamos autorizados para creer que no existe en ningun manuscrito y que ha sido imaginada únicamente para prevenir la objecion.

Presèntase despues el motivo expresado en el último miembro de la frase (neque oporteat, etc.), y fundado en la simple equidad. Si el derecho riguroso, el *justum dominium* daba ventajas á la causa de los demandados, sería poco lógico invocar para ellos un motivo ménos poderoso, la equidad.

Además, la *causa cognite* no tendría entónces ningun sentido,

---

(*a*) Augustini, emend. 1, c. 3.
(*b*) Basil. ed. Fabrot, t, II, p. 161, καλῶς.

como lo probará claramente la sana interpretacion de estas palabras significativas.

Finalmente, y este es el punto principal, los partidarios de dicha lectura deben olvidar por completo que, desde muy largo tiempo, el pretor había prometido una restitucion en favor de los ausentes, siendo su objeto preferente protegerlos contra la usucapion cumplida durante su ausencia. Era necesario que Papiniano no se hubiera penetrado de esta restitucion, porque entónces habría determinado de un modo diferente, ó al ménos, hubiera juzgado necesario explicar por qué la restitucion no era aplicable al caso de que se trataba.

El valor de estos argumentos ha sido reconocido desde hace muchos siglos. Para justificar la lectura *non utiliter*, la única conocida durante mucho tiempo, la glosa y despues diversos autores en distintas épocas (*c*) han modificado arbitrariamente y de un modo singularmente complicado el caso al cual se refieren la pregunta y la respuesta.

Un propietario de esclavos ordena venderlos; muerto el mandatario, sus herederos venden los esclavos sin ninguna mala intencion, pero creyéndose por error investidos de poderes para hacerlo. Hasta aquí el caso es precisamente el mismo que el anterior ya citado.

Mas los compradores se hallan en condiciones diferentes. La mayoría de ellos (segun la interpretacion que combato) han poseido durante un año los esclavos vendidos y consumado la usucapion. Al antiguo propietario debe imputársele no haberlos accionado ántes de que la usucapion se cumpliese. No hay ningun derecho á la restitucion, puesto que no estaba ausente. Nosotros no tenemos para qué ocuparnos de los compradores, lo que les concierne concluye con estas palabras: *eos ab emptoribus*, (es decir, la mayoría de los compradores) *usucaptos videri placuit.*

Sólo uno de los compradores, un mercader de esclavos, se encuentra en una condicion distinta de la de los otros. Antes de finalizar la usucapion, viajaba por una provincia, y durante su ausencia los esclavos comprados por él volvían á la posesion del antiguo propitario, quien de este modo ha interrumpido la usucapion. Despues de su vuelta el vendedor de esclavos quiere intentar la Publiciana contra el antiguo propietario, y á este fin consulta á Papiniano. Este le responde que la demanda debería ser rechazada, porque siendo siempre el demandado propietario verdadero podia invocar la *exceptio dominii*.

(*c*) V. I. Cothofredus en el Thesaurus de Otto, t, III, p. 293, y Püttmann, Probabilia, p. 1.

Esta interpretacion nos da una historia muy completa de la cual el texto nada dice; todas sus expresiones parecen indicar lo contrario de los hechos que supone. Así, todo lector no prevenido entenderá por *emptores todos* los compradores, no la mayoría, y verá desde luego en el *venaliciarius* que la partícula *sed*, hace contrastar con los compradores toda otra cosa que no sean los compradores mismos. Además, esta interpretacion deja subsistir todas las dificultades que ya tuve ocasion de señalar: las palabras *causa cognita* no tienen ningun sentido; una decision fundada en el derecho rigoroso (el *justum dominium*) no tiene necesidad de justificarse por un motivo de equidad; de otra parte, si el antiguo propietario no hubiese estado él mismo ausente, esta razon no existiría, y en la hipótesis de su ausencia, el motivo de equidad debería ser oponible á los otros compradores y entrañar una decision contraria. Finalmente, el resultado que da nuestro texto interpretado de este modo es de tal modo trivial, si se interpreta rectamente, que no se concibe como Papiniano hubiera consultado sobre semejante cuestion ni cómo se hubiera insertado su respuesta en sus obras y en el Digesto.

La imposibilidad de admitir cualquiera de estas interpretaciones nos obliga, por decirlo así, á aceptar la segunda lectura (non inutiliter), que por lo demás tiene tambien para sí la autoridad de los manuscritos; una vez admitida, se trata de buscar una interpretacion que esté de acuerdo con el conjunto del texto y con los principios generales del derecho.

El fundamento de la dificultad está en que no se atiende ni se encuentra á primera vista en estas palabras: cum exceptio justi dominii... *detur*, que presentan un doble sentido, ya concreto, ya abstracto. Así, pueden precisamente significar que en el caso de que se trata se ha concedido la excepcion que está fundada, y que por consecuencia la demanda debe rechazarse; expresan entónces el motivo de la decision, y piden necesariamente la lectura: *non utiliter*. En segundo lugar pueden, y tal es su verdadero sentido. no expresar sino una consideracion general sobre la aplicacion de esta excepcion. Entónces en lugar de dar el motivo de la decision previenen una objecion y exigen la lectura: *non inutiliter*. La paráfrasis siguiente, reproduce, pues, el sentido de esta parte importante de nuestro texto.

Los compradores han, es verdad, consumado la usucapion; sin embargo, (*sed*) el antiguo propietario (el *venaliciarius*) puede reclamar con éxito (*non inutiliter*) los esclavos por medio de la *Publiciana*. Parece que los compradores podrían oponerle la *exceptio justi dominii* como consecuencia de su usucapion, pero es necesario considerar que esta excepcion se concede, no de una manera absoluta y á todos los propietarios, sino solamente *causa cogni-*

ta (*d*); además en este caso la *causæ cognitio* hace rehusar esta excepcion á los demandados por motivos de equidad (*neque oporteat*, etc).

Las razones que se levantan entre las dos interpretaciones precedentes, vienen á confirmar esta. El contraste expresado por el *sed* existe realmente; las palabras *causa cognita*, léjos de ser inútiles, son absolutamente indispensables, y la equidad invocada al fin del texto, es efectivamente la causa de la decision dada en la totalidad del proceso. La relacion íntima entre las diversas partes del texto, es de todo punto satisfactoria, no notando nada que esté en desacuerdo con los principios generales del derecho. Finalmente, la lectura que acepto como buena y que forma la base de mi interpretacion, tiene además el mérito de explicar de una manera muy natural y probable el orígen de la falsa lectura (*e*). En una época muy antigua, equivocado un copista sobre la experiencia engañosa que presentan las palabras cum exceptio... *detur*, habría cambiado el *inutiliter* del texto en *utiliter*, y de aquí habría pasado á los demás manuscritos.

Me resta tan sólo que explicar las diversas proposiciones de nuestro texto en que Papiniano se lleva el fin de referir brevemente y con indicacion de los motivos, un *responsum* por él hecho anteriormente.

Mandatum distrahendorum servorum, defuncto qui mandatum suscepit, intercidisse constitit.

«Ante todo, debe reconocerse como constante (constitit) que el mandato concluye por la muerte del mandatario, de modo que los herederos que venden por error no han conferido directamente ningun derecho á los compradores.»

Quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi quod defunctus suæ curæ fuerat, sanos vendiderant, eos ab emptóribus usucaptos videri placuit.

«Ahora no se trata sino de saber si los compradores que han poseido un año han adquirido por usucapion la propiedad de los esclavos. Sería necesario responder negativamente si los herederos hubieran vendido los esclavos para apoderarse del precio; porque habrían cometido un robo y los esclavos, como *res furtivæ*, no habrían podido ser materia de usucapion. Pero como los herederos no tenían esta intencion dañosa y querían sólo, por ignorancia del

(*d*) Antes de las palabras *cause cognita* se debe sobreentender un *non nisi*, sin el cual estas palabras no serían mas que una ociosa repeticion. Ya he propuesto una explicacion semejante para otro texto. Apéndice XVIII, nota *m*.

(*e*) Sobre esta crítica de los textos véase. t. I, p. 173, 174.

derecho, cumplir el mandato dado á su autor (*f*), se ha creido deber decidir (*g*) que los compradores habían consumado la usucapion.»

Sed venaliciarium ex provincia reversum (*h*) Publiciana actione non inutiliter actorum, cum exceptio justi dominii causa cognita detur (ya he explicado con pormenores esta parte capital del texto). Neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegis, ob. errorem aut imperitiam here dum affici damno.

«En el caso la *causæ cognitio* hace conceder al demandado en razon de su ausencia la restitucion contra la usucapion de los demandantes, de donde resulta que la excepcion es rechazada. El único motivo que hay que alegar contra la restitucion puede ser que el demandante deba atribuir su pérdida á su propia negligencia, y que por ella no merezca la restitucion (*i*); pero aquí este motivo no existe ciertamente, porque el mandante no podía prever la muerte próxima del mandatario ni la ignorancia del derecho en sus herederos.»

Esta interpretacion de nuestro texto no me parece susceptible de dudas; pero estoy léjos de atribuirme su invencion. Lo que tiene de esencial ha sido propuesto por Cujas y adoptado por varios autores (*k*). Sin embargo, no he creido inútil una discusion nueva, y la he incluido aquí porque este texto instructivo é importante se refiere á la teoría de la restitucion, y además porque los autores

---

(*f*) Toda esta proposicion no expresa, pues, como se podría creer segun sus primeras palabras (quoniam tamen) el motivo positivo de la usucapion (porque este motivo es la *justa causa*), sino la refutacion de una objecion plausible.

(*g*) «Placuit» expresion bien elegida pues se había creido necesario destruir una duda; contrasta con el constitit de la proposicion precedente, que no había provocado ninguna decision. En otros muchos textos *placuit* se aplica á una regla lentamente establecida, por ejemplo, á consecuencia de controversias. Aquí no cabe cuestion acerca de esta relacion histórica.

(*h*) Este *venaliciarius* nos aparece súbitamente como un antiguo conocido. La suposicion más natural es la de que es necesario ver en el el antiguo propietario (el mandante). En efecto, el mandatario ha muerto, y como *los* vendedores son ya distintos *del venaliciarius* no nos resta más que el mandante, ó menor, en todo caso que no se quiera imaginar una historia parecida á la de que me hé ocupado ántes.

(*i*) V. L. 26, § 1, ex quib. caus, (IV, 6) y § 327 notas *e, m*.—Esta parte del texto designa evidentemente la restitucion por causa de ausencia, bien que la expresion *in integrum restitutio* no se encuentre. Sin embargo no es necesario creer que la *causæ cognitio* no puede hacer rechazar á la *exceptio dominii* del demandado sino en el caso de una restitucion; en ciertos casos la *replicatio* podía conducir al mismo resultado. V. L. 4, § 32 de doli exc. (XLIV, 4); L. 2, de exc. r. vend. (XXI, 3).

(*k*) Cujas, obs. X, 6, et in Papiniani respons. lib. 10 (Opp. t. IV); Zoannettus en Otto, Thes. IV, p. 659; Reinoldopusc. p. 243: Cocceji Jus controv. XVII, I, al fin del texto.

modernos no han abandonado completamente los antiguos errores (nota *a*); finalmente, porque los que mejor lo han interpretado no han disipado todas las dudas y han cometido errores bastante graves para apelar á una refutacion y motivar este apéndice. Todos estos errores se refieren á la teoría de la accion Publiciana.

Se debe desde luego preguntar porque segun la exposicion de Papiniano el antiguo propietario ejercita aquí la accion Publiciana y no la verdadera accion de la propiedad que podía recobrar por medio de la restitucion.

Muchos responden: precisamente porque para este caso de restitucion se ha establecido una accion especial llamada *publiciana actio*, diferente de la accion del mismo nombre atribuida al *b. f. possessor;* pero fundada en los mismos motivos de equidad. Ya he combatido esta falsa doctrina (§ 329); no existe sino una sola *publiciana actio,* la del *b. f. possessor,* á la cual está consagrado el título segundo del libro 16 del Digesto, que es de lo que nuestro texto debe hablar.

Se podría responder por una suposicion muy sencilla y natural: el mercader de esclavos que figura como demandante había comprado en la provincia los esclavos á extranjeros, y en la época en que la venta hecha por los herederos le quitó la posesion, no la había poseido durante un año. Así, pues, no había sido nunca verdadero propietario, y la sustitucion no podía darle la accion de la propiedad; no existiendo, por consiguiente, otra que la *b. f. possessio*, accion distinta de la *Publiciana.* Esta suposicion no tiene nada de inverosímil.

Pero en cambio no es necesaria. Podría suceder que la posesion del demandante hubiera sido cambiada en propiedad verdadera por la excepcion, pero esto no le quitaba su antiguo derecho fundado en la *b. f. possessio,* pudiendo entónces escoger entre la *Publiciana* y la accion de propiedad, segun que una ú otra le parece mas segura: no obstante, surgen dudas para la eleccion. Uniéndose á los términos del edicto se procura establecer segun la opinion de Ulpiano que la usucapion, una vez cumplida, no crea admisible la Publiciana (*l*). Respondo á esto que no es necesario dar á estas expresiones un sentido muy estrecho. El pretor quiere sólo no hacer inútil nada ni que fuera mas allá de las necesidades reales. Si ambas partes se ponían de acuerdo para reconocer que la propiedad verdadera se había adquirido por la usucapion, y si solo eran ocultadas las excepciones, la *Publi-*

(*l*) L. 1, pr. § 1, de public. «Ait Prætor: Si quis id, quod traditur... *nondum usucaptum* petet.—Merito Prætor ait: *nondum usucaptum*: nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam.

ciana se hacía entónces supérflua, y el demandante que hubiera querido ejercitarla sin motivo, hubiera vuelto á la accion de la propiedad. He aquí lo que resulta del texto de Ulpiano. Pero frecuentemente tambien una de las partes pretendía que la usucapion se había cumplido y la otra que había sido interrumpida por la prescripcion. Si pues esta cuestion surgía ó si el demandante preveía que se había de suscitar ante el *judex*, no había prueba para que el pretor lo hubiere impedido recurrir á la vía más segura de la *Publiciana*, imponiéndole una ménos segura, la accion de propiedad. Así en nuestro caso pudiera suceder que el demandante poseyere durante muy largo tiempo los esclavos y que, sin embargo, para más seguridad hubiera preferido la *Publiciana*.

He aquí un error de Cujas mucho más peligroso, porque toca muy de cerca al fondo de la cuestion. Cree que la restitucion por causa de ausencia, se concede únicamente en el caso especificado por nosotros en nuestro texto, es decir, desde que un *b. f. possessor* pierde la posesion ántes de haber cumplido la usucapion, y desde entónces el nuevo poseedor comienza y consume la usucapion. Así el demandante cuya *Publiciana actio* no sería destruida en sí por la usucapion del adversario, exigiría y obtendría la restitucion contra la *exceptio dominii* del demandado. Sí por el contrario el primer poseedor había cumplido la usucapion ántes de su ausencia, no habría tenido ningun recurso contra la usucapion del segundo, porque esta segunda usucapion, destruyendo todos los derechos del primer poseedor no le dejaría accion alguna y por consecuencia título alguno para pedir la restitucion. Este error sería apenas comprensible áun cuando las fuentes del derecho no nos hubieran dejado ninguna declaracion expresa sobre este punto. En efecto, si en general el pretor ha encontrado justa y necesaria la restitucion por causa de ausencia, se puede creer que no ha juzgado insuperables las distinciones procedentes de las solas formas del derecho y que se invocan aquí. El edicto sobre los ausentes es, en realidad, tan claro como es posible (§ 325). Coloca en primera línea los casos de la disminucion de bienes existentes (si cujus quid de bonis deminutum erit) y ciertamente esto se aplica sobre todo á la pérdida de la propiedad por la usucapion: para este caso y otros semejantes nos dice, «earum rerum actionem in integrum restituam.» De este modo se viene en auxilio del que ha sido despojado de su propiedad, dándole la accion que resultaba de este derecho y que realmente habia perdido. Conforme á esta decision no dudosa del Edicto se ha visto ántes que el ausente á quien la usucapion hizo experimentar una pérdida puede ser socorrido bajo una de las dos formas que él prefiera: primeramente, si intenta la *Publiciana*, por medio de la restitucion contra la *exceptio dominii* del demandado; en segundo lugar si prefiere la ac-

cion de la propiedad por medio de la restitucion de esta accion misma por él perdida (§ 329); estas dos formas tienen por base un solo y único medio: la rescision de la propiedad realmente adquirida de otro por la usucapion.

Hé aquí finalmente una última cuestion por resolver. Cuando el mercader de esclavos intenta la *Publiciana* contra los compradores, estamos en presencia de dos clases de personas que pueden invocar igualmente los derechos resultantes de la *b. f. possessio*; porque la usucapion no ha despojado ciertamente á los compradores de sus derechos y estas personas no tienen del mismo autor su *b. f. possessio*. Además Ulpiano nos dice que en caso semejante el poseedor obtiene la preferencia y que el demandante debe rechazarla (*m*). Segun esta regla los demandados debían obtener ventajas y no el demandante, como dice el texto de Ulpiano. Pero la regla de este no tiene evidentemente aplicacion, sino como medio extremo; cuando ambas partes se hallan absolutamente en la misma posicion el juez se vería embarazado para resolver. Más esta dificultad no existe en nuestro caso, en donde el ausente invoca un motivo de equidad bastante poderoso para triunfar de la propiedad rigurosa de su adversario, y, con mayor razon de una preferencia concedida al demandante cuando ambas partes tienen derechos iguales.

(*m*) L. 9, § 4, de public. (VI, 2). Esta ley parece estar en contradiccion con la L. 31, § 2, de act. emti (XIX, 1), pero se les puede conciliar suponiendo que en el caso de este último texto la posicion entra en manos de un tercero contra el que ambas partes quieren obrar en calidad de demandantes.

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

Págs.

§ CCCXV.—Restitucion—.Introduccion........................ 7
CCCXVI.—Restitucion.—Definicion........................ 9
CCCXVII.—Restitucion.—Su naturaleza especial y su desen. volvimiento interno........................ 17
CCCXVIII.—Restitucion.—Condiciones.—I.—Lesiones........ 24
CCCXIX.—Continuacion........................ 27
CCCXX.—Restitucion.—Condiciones.—II.—Causas de restitucion........................ 30
CCCXXI.—Restitucion.—Condiciones.—III.—Falta de excepciones positivas........................ 35
CCCXXII. — Restitucion. —Sus causas diversas. — I.—Menor edad........................ 40
CCCXXIII.—Continuacion........................ 42
CCCXXIV.—Continuacion........................ 47
CCCXXV.—Restitucion.—Sus causas diversas.—II.—Ausencia. 50
CCCXXVI.—Continuacion........................ 54
CCCXXVII.—Continuacion........................ 57
CCCXXVIII.—Continuacion........................ 61
CCCXXIX.—Continuacion........................ 64
CCCXXX. — Restitucion. — Sus causas diversas.—III. —Violencia........................ 68
CCCXXXI.—Restitucion.—Sus causas diversas.—IV.—Error.. 71
CCCXXXII.—Restitucion.—Sus causas diversas.—V.—Fraude. 72
CCCXXXIII.—Restitucion.—Sus causas diversas.—VI.—Causas caidas en desuso........................ 80
CCCXXXIV. — Restitucion.— Magistrados llamados á decretarle........................ 82
CCCXXXV.—Restitucion.—Partes que figuran en esta especie de juicio........................ 83

Págs.

§ CCCXXXVI.—Continuacion 87
CCCXXXVII.—Restitucion.—Procedimiento 91
CCCXXXVIII.—Continuacion 97
CCCXXXIX.—Continuacion 101
CCCXL.—Continuacion.......... 105
CCCXLI.—Continuacion.......... 109
CCCXLII.—Restitucion.—Sus efectos.......... 113
CCCXLIII.—Continuacion 116

LIBRO III.

IMPERIO DE LAS REGLAS DE DERECHO SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

§ CCCXLIV.—Introduccion.......... 120

CAPITULO PRIMERO.

Límites locales del imperio de las reglas del derecho sobre las relaciones jurídicas

§ CCCXLV.—Ojeada general.......... 128
CCCXLVI.—El orígen y el territorio como causas de la sumision de la persona á un derecho positivo y determinado..... 131
CCCXLVII.—Derechos territoriales contradictorios en el mismo Estado 134
CCCXLVIII.—Derechos territoriales contradictorios en los diversos Estados.......... 137
CCCXLIX.—Continuacion.......... 142
CCCL.—Principios del derecho romano sobre el *origo* y el *domicilium*.—Introduccion.......... 146
CCCLI.—Principios del derecho romano sobre el *origo* y el *domicilium*.......... 149
CCCLII.—Principios del derecho romano sobre el *origo* y el *domicilium*.—I.—*Origo* (Continuacion).......... 153
CCCLIII.—Principios del derecho romano sobre el *origo* y el *domicilium*.—II.—*Domicilium*.......... 157
CCCLIV.—Continuacion.......... 161
CCCLV.—Principios del derecho romano sobre el *origo* y el *domicilium*.—Efecto de estas relaciones.......... 163
CCCLVI.—Continuacion.......... 168
CCCLVII.—Continuacion.......... 174
CCCLVIII.—*Origo* y *domicilium* en derecho actual.......... 176
CCCLIX.—Continuacion.......... 180

Págs.

§ CCCLX.—Transicion al estudio de las diversas relaciones de derecho 186
CCCLXI.—Continuacion.. 192
CCCLXII.—I.—Estado de la persona en sí (capacidad del derecho y capacidad de obrar).. 202
CCCLXIII.—Continuacion.. 206
CCCLXIV.—Continuacion 210
CCCLXV.—Continuacion.. 217
CCCLXVI.—II.—Derechos de las cosas.—Reglas generales..... 223
CCCLXVII.—II.—Derechos de las cosas.—Propiedad.......... 230
CCCLXVIII.—II.—Derecho de las cosas.—*Jura in re*.......... 235
CCCLXIX.—Derecho de las obligaciones.—Introduccion....... 242
CCCLXX.—Derecho de las obligaciones.—Jurisdiccion de la obligacion 245
CCCLXXI.—II. Derecho de las obligaciones.—Jurisdiccion de la obligacion (Continuacion).. 261
CCCLXXII.—III. Derecho de las obligaciones.—Derecho local.. 269
CCCLXXIII.—Continuacion.. 275
CCCLXXIV.—Derecho de las obligaciones.—Derecho local.—Cuestiones diversas de derecho.. 279
CCCLXXV.—IV.—Derecho de sucesion.. 297
CCCLXXVI.—Continuacion.. 300
CCCLXXVII.—IV.—Derecho de sucesion.—Cuestiones diversas de derechos 307
CCCLXXVIII.—IV.—Derecho de sucesion.—Derecho prusiano. 309
CCCLXXIX.—V.—Derecho de la familia.—A. Matrimonio..... 315
CCCLXXX.—V.—Derecho de la familia.—B. Poder paterno.—C. Tulela 324
CCCLXXXI.—Formas de los actos jurídicos. (*Locus regit actum*) 330
CCCLXXXII.—Continuacion.. 337

CAPITULO II.

Límites temporales del imperio de las reglas del derecho sobre las relaciones jurídicas

§ CCCLXXXIII.—Introduccion 342
CCCLXXXIV.—Dos especies de reglas de derecho............ 345
CCCLXXXV.—A. Adquisicion de los derechos.—Principio fundamental.. 350
CCCLXXXVI.—Continuacion.. 356
CCCLXXXVII.—Continuacion 360
CCCLXXXVIII.—A. Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones del principio fundamental—I. Estado de la persona en si. 364

Págs.

§ CCCXC.—A. Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.—II. Derecho de las cosas.......... 372
CCCXCI.—Continuacion.......... 376
CCCXCII.—A. Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.—III. Derecho de obligaciones.......... 381
CCCXCIII.—A. Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.—Derecho de sucesion.......... 388
CCCXCIV.—Continuacion.......... 400
CCCXCV.—Continuacion.......... 408
CCCXCVI.—A. Adquisicion de los derechos.—Aplicaciones.—Derechos de la familia.......... 414
CCCXCVII.—A. Adquisicion de los derechos.—Excepciones... 422
CCCXCVIII.—B. Existencia de los derechos.—Principio fundamental.......... 427
CCCXCIX.—B. Existencia de los derechos.—Aplicaciones.—Excepciones.......... 431
CCCC.—Existencia de los derechos.—Justificacion de las leyes sobre esta materia.......... 438

APÉNDICES.

Apéndice XVIII.......... 445
Id. XIX.......... 453

PUBLICACIONES DE ESTA CASA.

BIBLIOTECA JURÍDICA.

Tomo 1.°—CARRARA.—TEORÍA DE LA TENTATIVA Y DE LA COMPLICIDAD, ó *del grado en la fuerza física del delito.* version castellana con un prólogo y notas de D. Vicente Romero Giron; un tomo en 4.° mayor, 24 reales en España y 28 en el extranjero y América.

Tomo 2.° y 3.°.—FIORE.—DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *ó principios para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones en materia de Derecho civil y comercial, etc.*, version castellana de A. García Moreno, aumentada conun apéndice del autor y con un prólogo de D. Cristino Martos; dos tomos en 4.° mayor, 48 reales en España y 56 en el extranjero y América.

Tomo 1.° al 9.°—SAVINGY.—SISTEMA DEL DERECHO ROMANO ACLUAL, version castellana de D. Jacinto Mesía y D. Manuel Poley, profesores de Derecho romano en la Institucion Libre de Enseñanza, con una introduccion de D. Manuel Durán y Bas; seis tomos en 4.°, 160 reales en Madrid y 168 en provincias; el de cada tomo 28 reales.

EN PRENSA

FIORE.—DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, dos tomos.
BLUNTSCHLI.—DERECHO PÚBLICO UNIVERSAL.
SAVIGNY.—TRATADO DE LA POSESION.

BIBLIOTECA HISTÓRICA.

Tomo 1.° al 9.°.—MOMMSEN.—HISTORIA DE ROMA, version castellana de A. García Moreno, con un prólogo y notas en la parte relativa á España, por D. F. Fernandez y Gonzalez; nueve tomos en 4.°, 180 rs. en Madrid, 190 en provincias y 204 en el extranjero y América.

Tomo 10 al 13.—WEVER.—HISTORIA CONTEMPORÁNEA, (de 1830 á 1872), version castellana, anotada y aumentada con una reseña histórica de los Estados de América, por D. A. García Moreno, y un apéndice de los principales acontecimientos hasta 1873, por D. Manuel Merelo; cuatro tomos en 4.°, 80 rs. en Madrid, 88 en provincias y 96 en el extranjero y América.

Tomo 14.—GARCIA MORENO.—INTRODUCCION DE LA HISTORIA É HISTORIA DE ORIENTE; un tomo en 4.°, 20 rs. en Madrid, 22 en provincias y 24 en Ultramar.

Tomo 15.—MERIVALE.—HISTORIA DE LOS ROMANOS BAJO EL IMPERIO; traduccion de la reciente edicion inglesa, anotada por A. García Moreno, tomo I, 20 rs. en Madrid, 22 en provincias y 24 en Ultramar y extranjero.

SEGUIRÁN

MERIVALE.—HISTORIA DE LOS ROMANOS BAJO EL IMPERIO, tomos siguientes.
CURTIUS.—HISTORIA DE GRECIA, traduccion directa del aleman.

BIBLIOTECA FILOSÓFICA.

Publicados (tomos 1.° al 4.°) TIBERGHIEN.—*Generacion de los Conocimientos Humanos*, en sus relaciones con la moral, la política y la religion; version castellana de A. García Moreno, con una introduccion y notas de D. N. Salmeron y D. U. Gonzalez Serrano; cuatro tomos en 8.°, 56 rs. en Madrid y 64 en provincias.

(Tomo 5.°) GINER.—*Estudios Filosóficos y Religiosos*, con un trabajo notabilísimo sobre Psicología comparada (el alma de los brutos): 1 tomo en 8.°, 12 y 14 rs.